Zur Lehre vom strafrechtlichen Versuche, insbesondere im Falle des § 242 RStGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen Juristischen Fakultät der Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Hans Cohn
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Zur Lehre vom Versuch. 1859.
Baumgarten, Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1888.
Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.
Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1903. Aus dem Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Gareis usw.
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1902.
Binding, Die Norm und ihre Übertretung. Bd. 1 2. Aufl. 1890, Bd. 2 1877.
Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. 1907.
Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1900.
Birkmeyer, Darstellung des Strafrechts. In der von ihm herausgegebenen Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. 2. Aufl. 1904.
Brinz, Pandekten.
v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch. Gesammelte Abhandlungen. 1894.
Chaveau-Hélie, Théorie du code pénal. Ed. 5. 1872.
Carrara, Studi sul delitto perfetto.
Cohn, Zur Lehre vom Versuche und vollendeten Verbrechen. Bd. 1. 1880.
Crivellari, Il codice penale. 1892.
Cropp, De praeceptis iuris romani c. puniendum conatum 1873.
Delaquis, Der untaugliche Versuch. 1904. (Berliner Seminarabhandlungen.)
Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1903.
Dernburg, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl. 1904.
Dickel, Der Tatbestand des Diebstahls nach deutschem Recht. Diss. Bonn 1877.
Eckhard, Kontroversen in der Lehre vom Diebstahl. Diss. Würzburg 1899.
Ehrenhardt, Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die Verbrechensbegriffe Diebstahl, Unterschlagung und die Besitzentziehung. Diss. Erlangen 1901.
Ewald, Ernst, Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung. Diss. 1900.
Ewald, Hans, Abgrenzung der beiden Delikte Diebstahl und Unterschlagung voneinander. Diss. Freiburg i. B. 1899.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1904.
Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. 1908.

Frank, Versuch und Vollendung. Aus der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Bd. 5: Allgemeiner Teil, 1908.
Gerland, Die Geldfälschungsdelikte. 1901.
Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1884/85.
Goltdammer, Materialien zum preußischen Strafgesetzbuch. 1851/52.
Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht. 1887.
Hälschner, System des preußischen Strafrechts. 1868.
Harburger, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. 6. 1907.
Henle-Schierlinger, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1903.
Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neue Landesrechte. 6. Aufl. 1857.
Hepp, Versuche. 1827.
Holtzendorffs Enzykl. = Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, herausgegeben von Franz v. Holtzendorff. 1904.
Holtzendorffs Handb. = v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen.
Holtzendorffs Rechtslexikon, herausgegeben von v. Holtzendorff unter Mitwirkung vieler Gelehrter. 1880.
Janka, Das österreichische Strafrecht. 1884.
Kapff, Unterschlagung. Diss. Tübingen 1879.
Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre. 1898. (Beling, Heft 14.)
Kober, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Aus v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. 1907.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. 1890.
Köstlin, System des Strafrechts. 1865.
Kriegsmann, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch. 1904. In Beling, Abhandlungen für Strafrecht Heft 51.
Krug, Versuch. 1854.
Lammasch, Grundriß des Strafrechts. 1906.
Lammasch, Diebstahl und Beleidigung. 1893.
v. Lilienthal, Grundriß zu Vorlesungen über das Strafrecht. 2. Aufl. 1900.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 15. u. 16. Aufl. 1908.
Lobe, Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Strafrecht. 1898.
Löffler u. **Lorenz**, Das Strafgesetzbuch v. 27. 5. 1852. 1908.
Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Bd. 2: Das materielle Strafrecht.
Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht. 1836.
Maschke, Das Eigentum in Zivil- und Strafrecht. 1895.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1906.
Mercier, De la tentative et specialement du délit impossible. 1891.
Merkel, Lehrbuch des teutschen Strafrechts. 1889.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1906.
Meyer, Hugo, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895.
Micelli, Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht. Diss. Würzburg 1906.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Noyon, Het wetboek van strafrecht boek. 1904.
Nypels et **Servais,** Le code pénal belge. 1896.
Österr. Rechtslexikon, Praktisches Handwörterbuch des öffentlichen und privaten Rechts der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder. 1885.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1892.
Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl. 1907.
Oppenhoff-Delius, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901. (zit.: Oppenhoff.)
Otto, Versuch. Leipzig 1854.
Pacic, über das Verhältnis der unerlaubten Selbsthilfe zu den Vermögensdelikten. Diss. Erlangen 1897.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert in Verbindung mit anderen. Sachenrecht 1908.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Redslob, Versuch und Vorbereitung. 1908.
Römpler, Der Begriff des Gewahrsams im Zivil- und Strafrecht. Diss. Göttingen 1894.
Rotering, Besitz und Gewahrsam. Wien 1901.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.
Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1892.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
Rümelin, M., Die Verwendung der Kausalbegriffe.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.
Seeger, Der Versuch der Verbrechen nach römischem Rechte. 1879.
Thomsen, Das deutsche Strafrecht. 1906.
Verhandlungen der Expertenkommission für den Entwurf eines eidgenössischen Strafgesetzbuchs. 1903.
Wachenfeld, Strafrecht. In der von Kohler herausgegebenen v. Holtzendorffschen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2. 1904.
v. Wächter, Deutsches Strafrecht. Vorlesungen, herausgegeben von O. v. Wächter. 1881.
Weber, Begriff und Wesen des strafrechtlichen Gewahrsams in §§ 242 u. 246 mit Berücksichtigung des bürgerlichen Rechtes. Diss. Breslau 1909.
Weis, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. 1863.
Wilda, Das Strafrecht der Germanen.
Zachariä, Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1836.

Zeitschriften, Jahrbücher, Judikaturen.

(Die Namen der Verfasser der einzelnen Aufsätze sind nicht besonders zitiert.)

Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft.
Bl. f. R. A. = Blätter für Rechtsanwendung.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
G. A. = Goltdammers Archiv für Strafrecht.

Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes.
GS. = Gerichtssaal.
Iherings Jahrb. = Ihering, Jahrbücher für Dogmatik.
JurVSchr. = Juristische Vierteljahrsschrift.
JurW. = Juristische Wochenschrift.
KGJahrb. = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Berlin.
Krit. VSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Mag. f. d. Recht = Magazin für das Recht der Gegenwart unter Mitwirkung von v. Bar, herausgegeben von Bödiker.
OTr. = Oppenhoff, Die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals in Strafsachen. 1861 ff.
Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
R. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 1—10.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 1—42.
RMG. = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv.
Schw. GZ. = v. Schwarzes Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen.
St. Z. f. G. = Stengleins Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft n. F.
Thür. Bl. f. Rechtspfl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen.
Z. f. ges. StrW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Z. f. Rechtspfl. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

I. Allgemeiner Teil.

Beiträge zur Lehre vom Versuch im allgemeinen.

Erstes Kapitel.

Versuch und Vollendung.

Die beiden Begriffe Versuch und Vollendung stehen zueinander in einem engen Abhängigkeitsverhältnisse; der eine Begriff muß notwendig an dem anderen gemessen werden.[1] Im logischen Sinne ist alles vollendet, was überhaupt in die Erscheinung tritt, und die deutsche Sprache bringt dies auch selbständig zum Ausdruck, indem sie den Begriff der Vollendung sowohl subjektiv wie objektiv gebraucht, d. h. einmal vom Standpunkt dessen, der die letzte Hand an ein Werk legt, das andere Mal vom Standpunkte des Beurteilers aus, der anerkennen muß, daß es über diese Leistung hinaus etwas Vollkommeneres nicht mehr geben könne. Die Strafrechtswissenschaft kann als Wissenschaft wie als Lehre vom Recht naturgemäß nur den objektiven Maßstab der Beurteilung kennen, den sie notwendig in ihren eigenen, selbst gesetzten Normen finden muß. So mannigfach diese Norm und die von ihr unter Strafe gestellten Handlungen sind, so mannigfach muß also zunächst auch der strafrechtliche Begriff der Vollendung einer Handlung sein. Die abstrahierende Wissenschaft aber wird allgemein von Vollendung einer Handlung dann sprechen können, wenn die Handlung alle zum gesetzlichen Begriffe des Verbrechens

---

[1] Gl. M. Redslob, Versuch und Vorbereitung 1908; Krug, Lehre vom Versuch 1885 S. 3 Anm. 7; Merkel, Lehrb. 1889 S. 119; and. Ans. Zachariä, Lehre vom Versuche der Verbrechen Bd. 1 S. 166; vgl. auch Hepp, Versuche 1827 S. 261; Finger S. 294.

gehörenden Erfordernisse aufweist.[2]) In der Tat haben auch eine größere Anzahl älterer Strafgesetzbücher die Vollendung in diesem Sinne bestimmt,[3]) während in unserem Strafgesetzbuch, wie in den modernen Strafgesetzbüchern überhaupt, eine Legaldefinition fehlt. Der Grund hierfür liegt darin, daß unser modernes Recht scharfumrissene Deliktstatbestände aufweist, wie sie das römische Recht oder die C.C.C. noch nicht kannten, andererseits aber auch in dem Verhältnis, das man zwischen Vollendung und Versuch bestehen wissen wollte.[4]) Hiervon wird später noch die Rede sein. Das erste deutsche Strafgesetzbuch, das eine Bestimmung über den Eintritt der Vollendung nicht mehr enthielt, war das bayer. Strafgesetzbuch von 1861.[5])

Nachdem nunmehr so der Begriff der Vollendung im strafrechtswissenschaftlichen Sinne gefunden ist, kann man auch den Begriff des strafrechtswissenschaftlichen Versuchs bestimmen. Es ist selbstverständlich, daß auch hier nur der streng objektive Maßstab angelegt werden kann, d. h. also der Standpunkt des Gesetzgebers. Der subjektive Standpunkt des Täters, der schlechthin alles für Versuch erklären würde, wobei der von ihm gewünschte Erfolg ausgeblieben ist, oder selbst der subjektive Standpunkt des Richters, für den sein wenn auch noch so geläutertes freies Ermessen ausschlaggebend wäre, ist schon seit Beginn des vorigen Jahrhunderts als für die Wissenschaft unbrauchbar verworfen worden.[6]) Nicht so rasch aber kam man zu der Erkenntnis, daß nicht der vom Gesetzgeber bei den einzelnen Verbrechensbegriffen vorgesehene und eingetretene Erfolg die Vollendung ausmache und diese vom Versuch unterscheide.[7]) Schon weil nicht notwen-

---

[2]) vgl. v. Liszt § 46 I, 1 S. 200.

[3]) So Bayern (1813) Art. 37, 38, Hannover (1840) Art. 32, Baden (1845) § 105, thüringische Staaten (1852) Art. 22, Königreich Sachsen (1855) Art. 37, das dänische StGB. von 1866 § 44, das toskanische StGB. von 1853 Art. 42; vgl. hierzu Frank, Versuch u. Vollendung, in Vergl. Darst. I Bd. 5 1908 S. 164.

[4]) vgl. hierzu Frank a. a. O. S. 165.

[5]) vgl. Weis, Das StGB. f. d. Königreich Bayern Bd. 1 1863 S. 140 und dazu Frank a. a. O.

[6]) vgl. Zachariä a. a. O. Teil 1 S. 10/11.

[7]) vgl. Carrara, Studi sul delitto perfetto p. 1 und hierzu auch Frank a. a. O.

digerweise zur Verwirklichung des Tatbestandes eines jeden Verbrechens die Verursachung eines bestimmten Erfolges gehört,[8]) ist in diesem ein zuverlässiges Kriterium der Vollendung nicht zu erblicken. Vor allem aber ist es darum verfehlt, ein ganz bestimmtes Unterscheidungsmerkmal zwischen Vollendung und Versuch festsetzen zu wollen, weil man dann leicht dahin kommen könnte, die Begriffe Vollendung und Versuch in einen künstlichen, in Wahrheit zwischen ihnen nichtbestehenden Gegensatz zu bringen. Am schärfsten findet sich die Beziehung der Begriffe vielleicht bei Redslob ausgedrückt, wenn er von ihnen als den „Begehungsformen eines Grunddeliktes" spricht.[9]) Jedenfalls bietet weder das deutsche noch das ausländische Recht eine Hilfe für die sichere Abgrenzung der Begriffe gegeneinander, die sich m. E. mit absoluter Allgemeingültigkeit für alle Delikte auch nicht finden läßt. Bei den Eigentumsdelikten, insbesondere beim Diebstahl, wird die Vollendung dann als eingetreten zu betrachten sein, wenn eine persönliche Schädigung des Eigentümers (des Bestohlenen) vorliegt, während der Versuch nur eine Gefährdung des Eigentümers in seinem Eigentume darstellen wird.

Zweites Kapitel.

Versuch und Vorbereitung.

Noch schwieriger wie die Abgrenzung des Versuchs von der über ihn hinausgehenden Vollendung ist seine Abgrenzung von der ihn noch nicht bedingenden Vorbereitungshandlung. Das Gesetz verlangt, indem es einen festen Versuchsbegriff aufstellt, einen „Anfang der Ausführung", unterscheidet also damit Ausführungshandlungen und Vorbereitungshandlungen. Nur erstere sind strafbar. Das Reichsstrafgesetzbuch geht damit auf das preuß. Strafgesetzbuch von 1851 zurück, das sich seinerseits wieder an den Text des revidierten code pénal vom Jahre 1832 anschließt, in dem es heißt: „Toute tentative de crime qui aura été mani-

---

[8]) vgl. Luden, Abhandl. aus dem gemeinen teutschen Strafrechte Bd. 1 1836 S. 6/7; Zachariä a. a. O. S. 10 ff. und Frank S. 163.

[9]) Redslob a. a. O. S. 5.

festée par un commencement d'exécution..." Die vielen, allerdings meist theoretischen Streitfragen, die sich an den Begriff „Anfang der Ausführung" und damit an die Abgrenzung des Versuchs von den Vorbereitungshandlungen geknüpft haben, werden zum Teil in den folgenden Kapiteln besprochen werden. Die Fragen, die sich für uns in diesem Kapitel ergeben, sind ganz anderer Natur. Die erste Frage ist die, ob ein zukünftiges Strafgesetzbuch die Vorbereitungshandlungen dem Beispiele des dänischen Strafgesetzbuchs folgend nicht prinzipiell für strafbar erklären solle. In der Tat macht doch unser Strafgesetzbuch Ausnahmen von der Straflosigkeit der bloßen Vorbereitungshandlungen. So wird im § 86 die ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitende Handlung mit Strafe bedroht, und RG. Bd. 5 S. 60 u. Bd. 16 S. 165 erkennt ausdrücklich an, daß auch die entfernteste Vorbereitungshandlung hierher gehört. Desgleichen werden im § 151 gewisse Vorbereitungen des Münzverbrechens unter Strafe gestellt, ja sogar Beihilfe zur Vorbereitung des Münzverbrechens wird gemäß diesem Paragraphen bestraft. Daß im obigen Falle Vorbereitungshandlungen bedroht sind und nicht etwa ein spezialisierter Versuch gemeint ist, wird wohl allgemein anerkannt.[1]) Zweifelhaft ist nur, ob auch der Duchesne-Paragraph (§ 49a) hierhier gehört, wie vielfach angenommen wird.[2]) M. E. hat **Binding** recht, der in ihm den Tatbestand eines völlig selbständigen Deliktes sieht, indem hier ebenso wie in dem keinesfalls hierher gehörigen § 111 RStGB. der Angriff auf die gesetzestreue Gesinnung eines Dritten bestraft werden soll.[3]) Auf die Streitfragen, die sich an den unklaren Begriff des „Unternehmens" knüpfen (§§ 81, 82, 105, 114, 122, 159 RStGB.) soll hier nicht näher eingegangen werden, da dieser Begriff der Definition des Diebstahls fremd ist. Trotz dieser Ausnahmen, die das Gesetz von seinem Grundsatze macht, empfiehlt es sich doch, diesen festzuhalten. Zunächst wäre, wenn auch die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen aus-

---

[1]) So vor allem **Binding**, Lehrb. Bd. 2 S. 325; **Meyer-Allfeld** S. 616; and. M. **Olshausen**, Komm. z. StGB. Anm. 10 zu § 146; **Gerland**, Die Geldfälschungsdelikte 1901 S. 91.

[2]) vgl. **Meyer-Allfeld** S. 204ff.; **Merkel** S. 150.

[3]) vgl. **Binding**, Lehrb. Bd. 2 S. 838ff. Nach v. **Liszt** spricht § 49a die Strafe wegen des Angriffes auf die Staatsgewalt aus; vgl. § 175 a. a. O.

gesprochen würde, keineswegs die Schwierigkeit vermieden, denn es ist ebenso fraglich, wann eine Handlung Vorbereitungshandlung wird, wie wann eine Vorbereitungshandlung zum Versuche wird. Voraussetzung der Vorbereitungshandlung ist, daß sie mit verbrecherischem Willen begangen wird. Wie will man diesen aber dem Täter überzeugend nachweisen? Weiterhin muß man bedenken, daß wenn man den Gang zum Händler, bei dem der Täter sich das Gift zum Morden beschaffen will, schon als Vorbereitungshandlung unter Strafe stellt, man den Täter durch diese Bestimmung fast zu dem Verbrechen treibt, da man ihm jede Möglichkeit eines straffreien Rücktrittes nimmt. Und doch hat der Täter durchaus noch nicht bewiesen, daß er die letzte Konsequenz seines verbrecherischen Gedankens ziehen wird und kann, daß sein Gedanke überhaupt bei ihm zur Tat zu werden vermag. Verbrecherische oder, wie Binding sagt, „rechtsfeindliche" Gesinnungen aber kann man nicht bestrafen, darum, weil diese nicht immer erkennbar werden und dort, wo sie scheinbar hervortreten, oft viel weniger vorhanden sein können als dort, wo sie scheu sich verbergen. Gesinnungen sind Grundlagen der Moral, nicht aber Grundlagen des Rechts. Überdies würde die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen auch zu großen Ungerechtigkeiten in ihrer Anwendung auf die verschiedenen Fälle führen. Warum z. B. bleibt der doch an und für sich gemeingefährlichere Dieb straffrei, den ich im eigenen Hause habe, während der Dieb, der sich erst dorthin begeben muß, bestraft wird? Vielleicht aber, und das ist die zweite Frage, die sich in diesem Zusammenhange ergibt, empfiehlt es sich, den Begriff des Versuches im Gesetz überhaupt nicht zu definieren und nur negativ zu sagen: strafbar ist auch das noch nicht vollendete Verbrechen, so daß der Urteiler Freiheit hätte, was und wann er bestrafen will. Anläßlich der Neubearbeitung eines eidgenössischen Strafgesetzbuchs ist diese Frage lebhaft erörtert worden. Man hat schließlich trotz des heftigen Widerspruches Greteners, der sich für die Definition des Versuches aussprach,[4]) auf den Vorschlag Stooß' hin

[4]) vgl. Verhandl. d. schweiz. Expertenkommission Bd. 1 S. 93 ff., Bd. 2 S. 394 ff. Wie Gretener auch Zucker, GS. Bd. 51 S. 424, auf den Gretener S. 395 auch verweist.

die Definition unterlassen, weil sie unmöglich und der Begriff des Versuches ohnehin bekannt sei. Mit Recht hat Gretener zur Verteidigung der Definition des Versuches angeführt, daß der Versuchsbegriff durchaus nichts „Selbstverständliches" sei, insbesondere nicht für den Juristen, für den er im Gegensatze zum Nichtjuristen immer einen terminus technicus bilde, für den eine Definition erwünscht wäre. Er hat weiterhin darauf hingewiesen, daß wenn die Definition des Versuchs unterbliebe, die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen ausdrücklich ausgesprochen werden müßte, da diese dann ebenfalls durchaus nicht selbstverständlich sei, zumal z. B. in Italien in neuerer Zeit die Tendenz dahin gehe, die Vorbereitungshandlungen zu bestrafen.[5]) In der Tat sind dann auch die Vorbereitungshandlungen ausdrücklich für straflos erklärt worden. Gewonnen ist damit natürlich nichts. Statt des fallen gelassenen Versuchsbegriffes ist nur der Begriff Vorbereitungshandlung als Grundlage genommen worden, und dieser ist nicht einmal definiert. Da es demnach dem Urteiler überlassen bleibt, wie er die einzelne Handlung auffaßt, wird sich eine gewisse Willkür und Ungleichheit der Rechtsprechung kaum vermeiden lassen. Jedenfalls wird wohl aber auch das künftige deutsche Reichsstrafgesetzbuch straflose Vorbereitungshandlungen von dem allgemein definierten und in bestimmten Fällen strafbaren Versuche abgrenzen müssen.

Drittes Kapitel.

Die Theorien des Versuchs.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, alle die vielen Theorien, die über den Versuch aufgestellt worden sind, hier darzulegen, nur die allerwichtigsten von ihnen sollen in kurzem Überblicke der Vollständigkeit halber hier wiedergegeben werden. Mit den subjektiven Theorien soll der Anfang gemacht werden.

---

[5]) Gretener spricht sich prinzipiell für die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen aus, sofern diese nicht schon ein eigenes Verbrechen bilden. Er schlägt vor, dem Satz „Vorbereitungshandlungen sind straflos" hinzuzufügen: „mit Ausnahme der im speziellen Teile genannteu Fälle". Leider ist dieser Zusatz von der Mehrheit abgelehnt worden (a. a. O. S. 92).

Die Verfechter der subjektiven Theorie des Versuchs müssen sich zunächst zu der Auffassung bekennen, daß das Gesetz den Täter als solchen, nicht aber die Tat des Täters strafen will; denn sie legen nur Gewicht auf den verbrecherischen Willen, nicht aber auf den verbrecherischen (rechtsfeindlichen) Erfolg. Die Gründe, die gegen diese Auffassung sprechen, sind schon im vorigen Kapitel auseinandergesetzt worden. Es sind genau die gleichen, die gegen die Strafbarkeit der bloßen Vorbereitungshandlungen sprechen. Konsequenterweise müssen ja auch die Verfechter der subjektiven Theorie dahin gelangen, die Vorbereitungshandlungen für strafbar zu erklären, wenn sie schon den festen Entschluß des zukünftigen Täters, ein Verbrechen zu begehen, als Anfang der Ausführung und somit als Versuch betrachtet wissen wollen. Freilich zieht nur die Minderzahl der Schriftsteller diese äußerste Schlußfolgerung. Die meisten verlangen zum „Versuch" eine teilweise Verwirklichung der verbrecherischen Idee. Der vorbereitende verbrecherische Gedanke wird also zum Versuch, sowie er sich in eine Handlung umzusetzen anfängt, die das verbrecherische Motiv deutlich erkennen läßt.[1]) Gewiß kann man auch in diesem Falle schon von einem Anfang der Ausführung sprechen, nur ermangelt diesem Begriffe jeglicher strafrechtliche Beziehungspunkt. Vor allem aber bleibt zu bemerken, daß in den meisten Fällen die notwendige Ekenntnis des in Handlung sich umsetzenden verbrecherischen Willens erst ex post erfolgen kann, z. B. wenn ein bisher unbescholtener Mann in einem Hohlwege mit geladenem und gespanntem Revolver steht, wird aus dieser Handlung allein der Schluß sehr schwer sein, ob der Mann seinen vielleicht des Weges kommenden Nebenbuhler ermorden will, oder ob er nach Spatzen schießen will. Dennoch würde z. B. nach österreichischem Rechte, das auf dem Boden der subjektiven Theorie steht, das Auflauern allein genügen, um eine Anklage wegen Mordversuches zu rechtfertigen.[2]) In dem gegebenen Beispiele kann das Spannen des Hahnes sogar

---

[1]) vgl. Hälschner, System des preuß. Strafrechts 1858 Bd. 1 S. 183; v. Bar, Zur Lehre von versuchter Teilnahme 1859 S. 35 ff.; Krug, Lehre vom Versuch S. 20; Köstlin, System 1865 S. 233; Frank a. a. O. S. 180.

[2]) vgl. Löffler u. Lorenz, Das StGB. v. 27. 5. 1852 (1908) Anm. 15 zu § 8; Frank a. a. O.

noch dem Beginne der Ausführung unmittelbar vorausgehen, und dennoch würde es immer vorbereitende Handlung sein, schon darum, weil erst das bestimmte Zielen auf den anderen beweisen würde, daß der Verbrecher wirklich die verbrecherische Energie besitzt, die zu einem Morde bezw. Mordversuche gehört und für die er bestraft wird.[3]) Es ist dem Juristen ebenso unmöglich, aus einer einzigen selbständigen Handlung einen sicheren Schluß auf einen geschlossenen Willenskomplex zu tun, wie es etwa dem Archäologen, der einen kleinen Baustein vorgelegt bekommt, unmöglich ist, einzig aus ihm heraus zu sagen, wieviel Stockwerke das Haus gehabt hat und wie das Haus ausgesehen hat, dessen Bestandteil er einst war. Nur durch die Inbeziehungsetzung der Handlung selbst zu dem gesamten Tatbestande als einem ein für allemal feststehenden Maßstabe kann sie als Versuch erkannt werden, d. h. die Handlung muß objektiv, nicht subjektiv bewertet werden; man kann nicht, wie Binding[4]) treffend bemerkt, die subjektive Meinung des Täters über das Gesetz stellen. Dies ist auch im allgemeinen der Standpunkt des Reichsgerichts, das nur bei der Frage des untauglichen Versuchs sich auf den subjektiven Boden gestellt hat. Davon soll jedoch erst im speziellen Teile die Rede sein.[5])

Die objektiven Theorien scheiden die Vorbereitungshandlungen zunächst streng von den Versuchshandlungen, freilich in sehr verschiedener Art. Um nur einige Beispiele anzuführen, mag die adäquate Kausalitätstheorie erwähnt werden, die fordert, daß die Ausführungshandlung einen berechneten Zusammenhang mit dem

---

[3]) Daher ist auch der von Lammasch (Grundriß des Strafrechts 1906 S. 35) vertretene Standpunkt ein durchaus subjektiver.

[4]) vgl. a. a. O. Bd. 1 S. 692.

[5]) Im Auslande wird die subjektive Theorie namentlich von Noyon Het, wetboek van strafrecht boek 1904 vertreten. Er nimmt allerdings einen Anfang der Ausführung nur dann an, wenn der Täter das Geschehene ungeschehen machen müßte, um zurückzutreten. Vgl. ferner für Frankreich Chauveau-Hélie, Théorie du code pénal 5. ed. 1872; für Belgien Nypels et Servais, le code pénal belge Bd. 1 1896; für Italien Carrara l. c. u. Crivellari Il codice penale vol. 4⁰ 1892, der allerdings schwankend ist.

Erfolg aufweisen müsse, um als solche zu erscheinen,[6]) ferner die Theorie Meyer-Allfelds,[7]) demzufolge nur die zur Herbeiführung des Erfolges unumgänglich notwendigen Handlungen Ausführungshandlungen sind, die Lehre Belings, der das Setzen einer tatbestandlichen Bedingung zum Erfolge Ausführungshandlung, das Setzen einer außertatbestandlichen Vorbereitungshandlung nennt,[8]) die Lehre Olshausens, demzufolge die Ausführungshandlung eine Handlung sein muß, die zur Verwirklichung des gesamten Tatbestandes führt,[9]) und endlich die Franks, der einen „Anfang der Ausführung" in allen Tätigkeitsakten findet, die infolge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Ausführungshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen.[10])

Gemeinsam ist allen Theorien, daß sie die Ausführungshandlung in feste Beziehung zu dem Tatbestande der einzelnen Verbrechen setzen — der Rechtsfrieden muß durch die Handlung bereits verletzt sein — und daß sie als Vorbereitungshandlungen alle diejenigen Handlungen bezeichnen, die das Verbrechen noch nicht notwendig bedingen. Dies sind nach Frank die folgenden:

1. die mündliche oder schriftliche oder symbolische Kundgebung der Absicht;
2. das Anschaffen und Zubereiten der Verbrechensmittel;[11])
3. das Werben von Teilnehmern;
4. das Komplottieren;
5. die Auskundschaftung von Gelegenheit;
6. die Reise zum Tatort;
7. die Vornahme von Handlungen, die zur Sicherung der Begehung oder zur Vereitlung ihrer Bestrafung dienen sollen.[12])

---

[6]) vgl. M. Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe S. 58, 59; Kriegsmann, Wahnverbrechen und untaugl. Versuch 1904 S. 16 ff.; Senf, GS. Bd. 67 S. 225 ff.

[7]) Meyer-Allfeld S. 173; Merkel, Lehrb. S. 127.

[8]) vgl. derselbe, Lehre vom Verbrechen S. 245 ff.

[9]) vgl. derselbe, Komm. Anm. 14 zu § 43; ähnlich v. Liszt § 46 a. a. O.

[10]) vgl. derselbe, Das StGB. f. d. Deutsche Reich 1908 Anm. 2a zu § 43.

[11]) Dies ist von dem russ. StGB. § 50 sogar ausdrücklich anerkannt worden.

[12]) vgl. auch RG. Bd. 13 S. 212, Bd. 15 S. 56; ferner Meyer, Anfang der Ausführung (1892); Meyer-Allfeld S. 173; Beling, Lehre vom Verbrechen S. 245 ff.

Streitig ist dagegen, ob in den Fällen, in denen der Tatbestand des Gesetzes eine Doppelhandlung erfordert, die dolose Begehung der ersten Handlung ein Versuch des Verbrechens oder eine Vorbereitungshandlung ist, z. B. ob jemand, der einsteigt, um zu stehlen, die Vorbereitungshandlung zu einem Diebstahl oder dessen Versuch begeht. Mit Recht hat das Reichsgericht Versuch angenommen, ja hat sogar die noch nicht einmal zum Abschluß gekommene Handlung des Einsteigens schon als Versuch angesprochen.[13]) Wer einsteigt, um zu stehlen, oder seine Absicht hierzu deutlich zu erkennen gibt, was z. B. durch Hinaufklettern an einem Balkon geschehen kann, hat nicht nur den allgemeinen Rechtsfrieden gefährdet,[14]) sondern auch schon den Rechtsfrieden des einzelnen bedroht, und eben in dieser Bedrohung liegt der „Anfang der Ausführung", der Versuch des Verbrechers. Vorausgesetzt ist natürlich der dolus des Täters, der sich ja in der Praxis zumeist leicht nachweisen lassen wird.[15])

Über weitere theoretische Vorfragen, wie etwa den Versuch am untauglichen Objekte, den Versuch als Putativdelikt usw., hier zu handeln, würde zu weit führen. Diese Probleme sollen nur in bezug auf den Diebstahl aufgeworfen werden und kommen daher im besonderen Teile dieser Arbeit zur Erörterung.

---

[13]) R. Bd. 7 S. 341; RG. Bd. 7 S. 54, Bd. 9 S. 83, Bd. 16 S. 133, Bd. 38 S. 177.

[14]) Ich folge hier der oben nicht zitierten Theorie Birkmeyers; vgl. Enzykl. des Strafrechts S. 23; Beling a. a. O. S. 252 ff.

[15]) Gegner dieser Ansicht sind noch Rubo, Komm. S. 822/23, 893; Köhler, Studien aus dem Strafrecht 1890 Bd. 1 S. 18; für Frankreich (gegen die Praxis) Chauveau-Hélie S. 387.

II. Besonderer Teil.

Beiträge zur Lehre vom Versuch beim Diebstahl.

Erstes Kapitel.

Einleitendes. Abhängigkeit des Versuchsbegriffs beim Diebstahl von den Begriffen „Gewahrsam" und „Wegnehmen".

Da die Grenzen zwischen Vollendung und Versuch beim Diebstahle „sehr flüchtig" sind,[1]) ist die theoretische Abgrenzung sehr schwer, meist wird es eine Tatfrage sein, ob ein versuchtes oder ein vollendetes Vergehen vorliege. Jedenfalls ist nach der herrschenden Meinung, wie hier vorweggenommen werden mag, ein Diebstahl mit der vollendeten Wegnahme vollendet, d. h. „sobald der eigene Gewahrsam an der Sache durch den Täter begründet ist";[2]) eine Vollendung der Zueignung wird begrifflich nicht gefordert.[3]) Es wird also zunächst für die fernere Untersuchung von größter Wichtigkeit sein, die Begriffe Gewahrsam und Wegnahme zu bestimmen. Dies soll im folgenden zunächst mit dem Begriffe „Gewahrsam" geschehen.

---

[1]) vgl. Hälschner, Deutsches Strafrecht Bd. 2 S. 304; Merkel in Holtzendorffs Rechtslexikon: „Diebstahl" S. 528; derselbe in Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 667.

[2]) vgl. Merkel, Lehrb. S. 320; Frank N. 8 zu § 242 S. 388; Thomsen S. 378: „Nicht Zueignung selbst, sondern nur Absicht der Zueignung wird verlangt".

[3]) v. Liszt S. 432 § 127 IV.

Zweites Kapitel.

Streitfragen über den Begriff des Gewahrsams.

Unmittelbar im Reichsstrafgesetzbuch ist der Begriff des Gewahrsams nur in § 246 enthalten. Im § 242 steckt er nur mittelbar, insofern unter dem „einem anderen wegnehmen" nur der Bruch eines fremden Gewahrsams verstanden werden kann.[1]) Um den Begriff des Gewahrsams genau zu präzisieren, muß schon an dieser Stelle betont werden, was aus Zweckmäßigkeitsgründen erst weiter unten bewiesen werden wird, daß der Gewahrsam ein völlig reales, rein strafrechtliches Verhältnis ist, das gänzlich unabhängig sowohl von der gemeinrechtlichen Besitzlehre als auch von der Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem inneren Wesen erkannt werden muß. Der strafrechtliche Gewahrsam — soweit herrscht im allgemeinen Übereinstimmung — ist weder ein Recht noch eine Pflicht oder eine Last, nicht einmal ein Rechtsbegriff, sondern ein rein tatsächlicher Zustand, der es eben ermöglicht, daß einem eine Sache weggenommen werden kann,[2]) ein Verhältnis der Person zur Sache, das an und für sich irrelevant zu rechtlicher Bedeutung gelangt, wenn es mittelbar in Verbindung mit anderen rechtlichen Verhältnissen tritt.[3]) Stark bestritten ist indes, ob schon dieser faktische Zustand, mit Ausschluß anderer über die Sache verfügen zu können, allein den (oder die) Gewahrsam[4]) ausmacht,[5]) oder ob als weiteres Erfordernis noch ein Herrschaftswille hinzukommen müsse.[6]) Der

---

[1]) vgl. Weber, Begriff und Wesen des strafrechtlichen Gewahrsams S. 2 und Binding, Normen Bd. 2 S. 543.

[2]) vgl. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 638; ebenso RG. Bd. 34 S. 254; Frank zu § 242 N. IV.

[3]) Ähnlich Hälschner, Preuß. Strafrecht S. 429 Anm. 1.

[4]) Bei Brinz findet sich sogar „das" Gewahrsam; vgl. Pand. Bd. 1 S. 135 und Weber a. a. O. S. 1.

[5]) Dies nehmen an Schütze, Lehrb. S. 427; Berner, Lehrb. S. 55; Römpler, Der Begriff des Gewahrsams in Zivil- und Strafrecht S. 35 ff.; Goldschmidt, G. A. Bd. 47 S. 352. Letztere beiden im Anschluß an Gruchot, Beitr. Bd. 32 S. 275; vgl. ferner Oppenhoff zu § 242 N. 16 u. 17; Lukas Bd. 2 S. 329; Rubo N. 8 zu § 242.

[6]) So vor allem Rotering, G. A. Bd. 47 S. 252; derselbe, GS. Bd. 35 S. 356, 366; derselbe in seiner letzten Schrift: Besitz u. Gewahrsam, Wien 1901;

Pflug, den der Bauer auf dem Felde, die Pferde, die der Kutscher unbeaufsichtigt vor der Türe der Schenke hat stehen lassen, bleiben in seinem Gewahrsam, trotzdem möglicherweise ein anderer eher die Möglichkeit besitzt, tatsächlich auf den Pflug oder die Pferde einzuwirken. Mein auch nach außen in Erscheinung tretender Wille zum Gewahrsam, verbunden mit der Möglichkeit, ohne allzu große Schwierigkeiten jeden Augenblick meine Herrschaftsmacht aufs neue reproduzieren zu können, sichern mir auch in diesem Falle den Gewahrsam. Hiergegen kann man nicht einwenden, daß ein Wille, Gewahrsam auszuüben, nach außen nicht erkennbar sei, da immer nur ein mittelbarer Schluß diesen Willen erkennen lasse und vielmehr eine deutliche Erkennbarkeit des Verhältnisses der Person zur Sache selbst, also des tatsächlichen Gewahrsamsverhältnisses für jeden Dritten gefordert werden müsse. Dieser Einwand ist schon darum hinfällig, weil dann an jedem Ding, das sich nicht hinter Schloß und Riegel befände bezw. dem nur irgendein Dritter näher stünde als ich, ein Diebstahl unmöglich wäre.[7] Würde ich doch in diesem Falle selbst an fest verschlossenen Dingen den Gewahrsam verlieren, sowie jemand mit einem falschen Schlüssel versehen eher in der Lage wäre, über sie zu verfügen, als ich. Man kann sich hier auch damit nicht herausreden, daß man auf die verwickelten Verhältnisse unseres

---

Olshausen § 242 N. 15, 16. Ferner vgl. v. Liszt S. 428; Hälschner, Deutsches Strafrecht Bd. 2 S. 284; derselbe, System des preuß. Strafrechts Bd. 2 S. 424 ff.; Meyer, Lehrb. S. 551; Meyer-Allfeld § 88 Anm. 5 S. 446; Geyer, Grundriß Bd. 2 S. 44; Harburger S. 202; Micelli S. 48, 52; Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 287; derselbe, Normen Bd. 2 S. 547, Grundriß Bd. 2 S. 149; Rüdorff, StGB. zu § 242 N. 6; Frank zu § 242 N. IV; Dickel S. 30 § 11; Merkel, Holtzendorffs Rechtslexikon: „Diebstahl" S. 526 u. Holtzendorffs Handb. S. 639, 641. Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 3 S. 45: „Es genügt ein solches Verhältnis zur Sache, daß man nach dem gewöhnlichen Verlauf auf die Verfügung über sie rechnen kann". Besonders zu dem Folgenden Rüdorff-Stenglein zu § 242 N. 7; Wachenfeld in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 2 S. 302; Kapff, Unterschlagung S. 60; Henle-Schierlinger zu § 242 N. 4; JurVSchr. Bd. 33 S. 15 ff.; Ehrenhardt S. 20; Ernst Ewald S. 21; Lehr S. 11; vgl. auch österr. Rechtslexikon Bd. 2 S. 118.

[7] So auch Hälschner, System des preuß. Strafrechts Bd. 2 S. 430; Merkel, Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 641 ff.; im Anschluß hieran auch Harburger S. 200; ähnlich Micelli S. 52 ff.

Wirtschaftslebens hinweist, die eine gleichbleibende unmittelbare Verfügungsgewalt über jeden uns zugehörigen Gegenstand nicht gestatten und im Hinblick darauf mir dennoch den Gewahrsam trotz des faktischen Näherseins eines Dritten zusprechen, etwa weil dessen Dazwischentreten ein momentanes, mein Gewahrsam aber ein dauernder sei. Denn wie, wenn ich erst im selben Augenblicke, wo der Dieb mit der Axt an den Baum im Walde herantritt, den Wald gekauft habe? Sagt man endlich, trotz alledem dürfte ich darauf rechnen, in jedem Augenblicke meine Verfügungsgewalt ausüben zu können, der Dieb aber nicht, was heißt das dann anderes, als den zum tatsächlichen Verhältnis hinzugeforderten Willen des Gewahrsaminhabers anerkennen? Ein weiteres Beispiel mag zunächst zeigen, zu welchen unmöglichen Konsequenzen es führt, wenn man die Willenstheorie negiert. A ist Eigentümer einer Bombe. Er übergibt diese dem mir ebenfalls feindlichen B, damit er sie in meiner Wohnung niederlege, was B auch tut. Nach der Willenstheorie erwerbe ich an dieser Bombe, von deren Vorhandensein in meiner Wohnung ich nichts weiß, darum keinen Gewahrsam, weil ich keinen Gewahrsam daran haben will. Der Gewahrsam bleibt unbedingt dem Bombenwerfer erhalten, der auch bis zur Explosion der Bombe, also bis zu ihrer Vernichtung als Sache, den Gewahrsam an ihr behalten will; genau so wie etwa der Wilddieb den Gewahrsam an einer in fremdem Jagdgebiete aufgestellten Falle behält und niemand, wenn diese Falle von einem Dritten gestohlen würde, ernstlich behaupten möchte, daß sie dem Jagdberechtigten oder dem Eigentümer des Grund und Bodens gestohlen worden sei. Aber, um wieder auf unseren Bombenwerfer zurückzukommen: kehrt dieser jetzt, von plötzlicher Reue gepackt, zurück und nimmt die Bombe, bevor sie explodieren kann, wieder mit sich, dann hat er über die Bombe, die sich noch in seinem Gewahrsam befand, eben anders verfügt. Das konnte er aber, da er eben seinem Willen zufolge, wie gezeigt, die Verfügungsgewalt über die Bombe noch nicht aufgegeben hatte und mein bloßes physisches Näheverhältnis zur Bombe mir den Gewahrsam an dieser noch nicht verschaffte, ebenso wie das Fehlen dieses Näheverhältnisses allein bei dem Bombenwerfer den Verlust des Gewahrsams noch nicht nach sich

zieht.[8]) Keinesfalls hat der B mit dem Wiederwegnehmen der Bombe aus meiner Wohnung also etwa mein Gewahrsamsrecht verletzt. Ganz anders liegt der Fall, wenn man die Willenstheorie leugnet. Hier ist durch das Niederlegen der Bombe in meiner Wohnung für mich Gewahrsam daran begründet, da hier der Wille des Täters, selbst den Gewahrsam bis zur Explosion zu haben, irrelevant ist. Kehrt jetzt der Täter zurück und nimmt die Bombe weg, so hat er sie meinem Gewahrsam entzogen, m. a. W., er hat die Bombe mir gestohlen. Ganz ähnlich liegt der Fall, wenn ein Dieb, der sich entdeckt wähnt, den eben gestohlenen Brillantschmuck schnell in meine Manteltasche steckt. Sollte er den Brillantschmuck, falls er ihn später, wenn die Gefahr schon vorüber ist, ebenso unbemerkt aus meiner Manteltasche wieder herauszieht, wie er ihn vorher hineingesteckt hat, nunmehr mir gestohlen haben? Doch gewiß nicht! Es gibt also keinen Gewahrsam wider Willen.

Gibt es aber auch keinen Gewahrsam ohne Willen? Ein Beispiel möge die Frage wieder klarer machen. Jemand will mir ein Geschenk machen, will aber meinem Danke ausweichen. Er steckt also ebenfalls heimlich, wie im eben besprochenen Falle der Dieb, das Geschenk in meine Manteltasche. Habe ich Gewahrsam an dem Geschenke erlangt und wird es mir gestohlen, falls mir jemand unterwegs, ehe ich noch etwas von dem Geschenk gewußt habe, es wegnimmt? Hier stimmen beide Theorien in der Antwort überein, wenn sie auch auf verschiedenem Wege zu demselben Resultat gelangen. Die Tatsachentheorie antwortet mit ja, weil eben durch die Unterbringung des Geschenkes in meine Tasche die tatsächliche Verfügungsgewalt begründet worden ist, die Willenstheorie fügt dem noch hinzu, weil in diesem Falle auch mein Wille zum Gewahrsam bestanden habe, der zwar nicht ausdrücklich bekundet, aber stillschweigend vorauszusetzen sei.[9]) Würde ich das Geschenk um keinen Preis haben wollen, dann würde es nicht ohne, sondern gleich wie in obigem Beispiel die

---

[8]) So, wenn auch nur theoretisch und nicht am Beispiele erläutert, fast wörtlich bei Harburger S. 202.

[9]) Ähnlich Micelli S. 57; vgl. für das Folgende auch Weber a. a. O. § 7.

Bombe wider meinen Willen in meine Manteltasche gekommen sein und Gewahrsam für mich an ihm nicht bestehen. Ist letzterer Fall jedoch nicht gegeben, so ist das ohne Willen nur ein scheinbares. In der Tat umfaßt mein Wille, sowie ich die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache erlangt habe, diese schon, und selbst, falls ich im Sinne habe, das Geschenk aus irgendwelchen Gründen nicht anzunehmen, wird mein Wille schon um der bloßen Anstandspflicht willen den Vorsatz umfassen, bis zur Zurückgabe des Geschenkes an den Geber dieses in meinem Gewahrsam zu haben und Dritte davon auszuschließen. Der Gewahrsam ohne Willen ist also in Wirklichkeit entweder ein Gewahrsam mit oder ein Gewahrsam wider Willen. Noch ein letztes ist endlich in bezug auf den Willen zum Gewahrsam festzustellen. Die tatsächlichen Beziehungen zur Sache können so unendlich verschieden sein, wie es die Gewohnheiten des täglichen Lebens sind,[10]) über die Dinge zu verfügen, der Wille zum Gewahrsam oder der strafrechtliche Besitzwille, wie Binding es ausdrückt (er zieht den Ausdruck „strafrechtlicher Besitz" dem Ausdruck Gewahrsam vor), kann nur ein doppelter sein: ein spezieller und ein genereller.[11]) Ein spezieller Wille zum Gewahrsam ist der Wille, die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine bestimmte Sache auszuüben. Der generelle Wille zum Gewahrsam, der Wille, die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine örtlich begrenzte Sachgesamtheit auszuüben, also z. B. über alle in meiner Wohnung, meinem Stalle, meinem ringsumzäunten Parke befindlichen Dinge, gleichgültig ob diese mit oder ohne mein Wissen sich dort befinden.[12]) So habe ich an dem in meiner Abwesenheit in meiner Wohnung abgegebenen Briefe ebenso Gewahrsam wie an den Eiern, die ohne

---

[10]) Ähnlich Ebert, Wilddiebstahl, Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei, G. A. Bd. 44 S. 258 und Frank zu § 242 N. IV S. 382.

[11]) vgl. Binding, Grundriß Bd. 2 S. 150, Lehrb. S. 287; im Anschluß daran Rotering, JurVSchr. Bd. 33 S. 35 ff.; Weber a. a. O. spricht hier von einem Kollektivwillen, ein Ausdruck, der m. E. nicht glücklich gewählt ist, da er leicht dahin verstanden werden kann, daß es sich hierbei um eine Mehrheit von Willen handelt, die nur einheitlich in die Erscheinung treten.

[12]) Ders. Ans. Micelli S. 55; Dickel § 11 S. 30 Anm. 2; v. Liszt § 127 Bd. 3 S. 428; Rotering, über den Gewahrsam im Sinne des § 242 RStGB., GS. Bd. 35 S. 351; ähnlich Meyer-Allfeld S. 455 Anm. 13.

mein Wissen die Hühner im Stalle gelegt haben. Die Fülle der Gegenstände selbst im kleinen, der tatsächlichen Verfügungsgewalt ganz unterworfenen Raume macht es unmöglich, jeden einzelnen zu kennen, aber dennoch ist jeder einzelne von ihnen in meinem Gewahrsam, da sie mein genereller Wille, über den Raum zu herrschen, alle mitumfaßt.[13]) Eine Verletzung der tatsächlichen Herrschaft schließt so immer auch ein „injuriöses Moment gegen den Besitzer“ (Gewahrsaminhaber) in sich, der Täter macht sich einer Mißachtung fremden Herrscherwillens schuldig.[14]) Selbstverständlich ist, ebenso wie die faktische Verfügungsgewalt ohne Willen zum Gewahrsam nicht ausreicht, um den Gewahrsam zu begründen, der Wille zum Gewahrsam allein nicht ausreichend.[15]) Wenn ich etwas verloren habe und nicht mehr weiß, wo ich es verloren habe, nützt mir mein Wille, den verlorenen Gegenstand noch in meinem Gewahrsam zu haben, gar nichts.[16]) Wer den Gegenstand findet und behält, begeht eine Unterschlagung, keinen Diebstahl.

Das Reichsgericht hat sich speziell mit dem Begriffe des Gewahrsams noch nicht befaßt. Im allgemeinen hat es, wenn es sich gelegentlich mit der Frage beschäftigen mußte, die Willenstheorie geleugnet.[18]) Nur in zwei Entscheidungen, die freilich beide

---

[13]) Gl. Ans. Rotering, GS. Bd. 38 S. 292; Janka, Österr. Strafrecht S. 252.

[14]) So Binding, Lehrb. S. 243/44; Rotering, JurVSchr. Bd. 33 S. 12, 13, Annalen Bd. 38 S. 299; Weber a. a. O. S. 34.

[15]) So auch v. Liszt § 127 Bd. 3 S. 428; Dickel § 10 S. 30.

[16]) vgl. hierzu insbesondere noch die Ausführungen bei Weber a. a. O. S. 45: „Insofern der ‚subsidiäre Besitzerwille‘ eintritt (vgl. Binding, Lehrb. S. 288), d. h. der Wille eines anderen, der für mich besitzen will, und dies erkennbar gemacht hat und ich jederzeit die nur auf kurze Dauer unterbrochene tatsächliche Gewalt wiedererlangen kann, ist eine Fortdauer derselben anzunehmen, vorausgesetzt natürlich, daß der Ort, wo ich die Sache vergessen habe, mir vollkommen bekannt ist“.

[17]) RG. Bd. 3 S. 201 ff., besonders S. 204: Gewahrsam ist ein lediglich faktischer Zustand, zu dem nicht notwendig die Kenntnis von dem physischen Vermögen, mit Ausschluß anderer über die Sache zu verfügen, gehört; Bd. 43 S. 223, Bd. 10 S. 85, Bd. 23 S. 75, Bd. 30 S. 88, Bd. 34 S. 254; zuletzt wieder in dem Urteil v. 28. 12. 1906: Gewahrsam ist der lediglich faktische Zustand, vermöge dessen jemand die physische Möglichkeit besitzt, über eine Sache mit Ausschluß anderer zu verfügen; vgl. auch Recht Bd. 10 S. 140.

stark unter zivilistischen Gesichtspunkten erlassen und später nicht mehr zitiert sind, hat es die Willenstheorie anerkannt.[18]) Dies vermag jedoch an der vorangegangenen Auseinandersetzung nichts zu ändern.

Fassen wir nochmals die Erfordernisse des Gewahrsams zusammen, die zu seinem Bestehen notwendig sind, so finden wir, daß drei Voraussetzungen vorliegen müssen:

1. eine wenn auch nicht in jedem Augenblicke ausgeübte dauernde tatsächliche Verfügungsgewalt des Gewahrsaminhabers über die Sache, die ihm die Möglichkeit gibt, mit Ausschluß Dritter über sie zu verfügen. Diese Ausschließlichkeit indes braucht nur relativ zu sein: „Es genügt, daß der Inhaber des Gewahrsams auf Anerkennung desselben durch die Mitwelt, wenigstens des uninteressierten Teiles derselben, rechnen kann;[19])

2. ein Wille zum Gewahrsam;

3. Erkennbarkeit des Bestehens des Gewahrsams für jeden Dritten.

Die letzte Voraussetzung ist darum erforderlich, weil der Vorsatz des Täters beim Diebstahl die Vorstellung der Sache als einer im fremden Gewahrsam befindlichen Sache mitumfassen muß.

Es bleibt nur noch die oben aufgestellte Behauptung zu beweisen, daß der Gewahrsam ein rein strafrechtlicher Begriff sei, der völlig unabhängig von zivilistischen Gesichtspunkten zu definieren ist. Diese Tatsache ist namentlich darum wichtig, weil infolge der Unabhängigkeit des Gewahrsambegriffes von der Besitzlehre des gemeinen Rechts sowie von der Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs der strafrechtliche Gewahrsam auch unter anderen Umständen aufgehoben wird wie der zivilistische Besitz. Zunächst steht für das gemeine Recht fest, daß es dem Gesetzgeber ferngelegen hat, zivilistische Gesichtspunkte seinem Gewahrsamsbegriff zugrunde zu legen.[20]) Ausdrücklich betonen die Materialien zum

---

[18]) R. Bd. 3 S. 642, Bd. 12 S. 355. Erstere fordert Bewußtsein von der Existenz der beherrschten Sache, letztere knüpft den Gewahrsamserwerb an das Erfordernis des Gewahrsamwillens.

[19]) Rotering, GS. Bd. 38 S. 293 ff.

[20]) So Schütze S. 430; Rotering, GS. Bd. 35 S. 354, Bd. 38 S. 290; v. Liszt, Lehrb. 3. Aufl. 1888 S. 408; Maschke S. 225; Oppenhoff,

preuß. Strafgesetzbuch, dessen § 215 vorbildlich für den § 242 RStGB. war, der die Definition aus dem preuß. Strafgesetzbuch wörtlich übernommen hat, „das Wort Gewahrsam sei in der Definition des Diebstahls vermieden worden wegen der Unsicherheit von Wissenschaft und Rechtsprechung über diese Begriffe im allgem. Landrecht".[21]) Damit ist die Definition des genannten Gesetzbuches über den Gewahrsam für das Strafrecht verworfen.[22]) Weiterhin braucht man nur, wie Merkel[23]) anführt, an die Verschiedenheit der Begriffe Besitz und Gewahrsam in den einzelnen Landesgesetzen zu denken, um einzusehen, daß der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff nur als ein selbständiger Begriff gefaßt werden kann. Vor allem kann dem strafrechtlichen Gewahrsam der zum Besitz vom Zivilrecht durchweg geforderte animus rem sibi habendi fehlen. Daß es indes irrig wäre, hieraus zu folgern, daß der Gewahrsam also nur ein faktisches Verhältnis zur Sache sei, ist oben gezeigt worden.

Selbst das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit seiner einheitlichen Regelung der Besitzfrage hat aber an der Verschiedenheit der Begriffe bürgerlichrechtlicher Besitz und strafrechtlicher Gewahrsam nichts zu ändern vermocht.[24]) Dies wird außer von Römpler,[25]) Goldschmidt[26]) und Mittelstein[27]) von

Komm. 1896 zu § 242 N. 16; Olshausen, Komm. 1892 zu § 242 N. 15 and. M. nur Kapff S. 60; Meyer-Allfeld S. 447 Anm. 35.

[21]) Teil I Titel 7 § 1 S. 111.

[22]) vgl. Holtzendorffs Enzykl. S. 643 und derselbe, Handb. Bd. 3 S. 638.

[23]) vgl. auch zum vorhergehenden Goltdammer, Mat. z. preuß. StGB. Bd. 2 S. 459; so auch Hälschner, System des preuß. Strafrechts Bd. 2 S. 429; derselbe, Deutsches Strafrecht S. 283.

[24]) vgl. hierzu Binding, Lehrb. S. 243 ff.; Rich. Schmidt, DJZ. Bd. 5 S. 146; Meyer-Allfeld S. 447 Anm. 33, S. 455; Olshausen zu § 242 N. 15; Oppenhoff zu § 242 N. 16; Frank zu § 242 N. IV; Biermann, Das Sachenrecht des BGB. S. 6; Rotering, G. A. Bd. 47 S. 252; derselbe, JurVSchr. Bd. 33 S. 11 ff., Annalen Bd. 38 S. 295; Lobe S. 28 ff.; v. Bülow, G. A. Bd. 45 S. 321. Letzterer besonders für den Erbenbesitz.

[25]) Römpler, Begriff des Gewahrsams in Zivil- und Strafrecht, Diss. Göttingen 1894.

[26]) vgl. G. A. Bd. 47 S. 352. Goldschmidt behauptet die Kongruenz der Begriffe, weil über den Besitz des BGB. in bezug auf den Willen dieselbe Kontroverse entstanden sei wie beim strafrechtlichen Gewahrsam.

[27]) vgl. G. A. Bd. 34 S. 188; Krit. VSchr. Bd. 44 S. 179; Finger in

allen Schriftstellern, auch vom Reichsgericht[28]) in einer fortlaufenden Reihe von Entscheidungen anerkannt.[29]) Der Beweis ergibt sich wieder zunächst aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.[30]) In der Beratung über den Art. 33 EG. z. BGB., der dem jetzigen, die durch das Bürgerliche Gesetzbuch erfolgenden Änderungen des Reichsstrafgesetzbuchs enthaltenden Art. 34 entspricht, wurde im Anschluß an die herrschende Meinung die Selbständigkeit des strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs gegenüber dem Landeszivilrecht betont und die beantragte Streichung der Worte „oder

---

seiner Kritik über Binding, Lehrb. des gemeinen deutschen Strafrechts wendet sich gegen einen besonderen Begriff des Gewahrsams.

[28]) Besonders RG. Bd. 30 S. 89. Gewahrsam ist das tatsächliche Verhältnis, für dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die am betreffenden Orte geltenden zivilrechtlichen Vorschriften über Besitz und Detention nicht maßgebend sind. Ebenso Bd. 12 S. 244, 256, Bd. 13 S. 90, 36, 159; besonders das Urteil v. 30. 10. 1900, G. A. Bd. 47 S. 441: ferner RG. Bd. 34 S. 252, Bd. 37 S. 198; Urteil v. 6. 6. 1904: Hier wird ausdrücklich die Übernahme des bürgerlichrechtlichen Besitzes in das Strafrecht als dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechend für nicht angängig erklärt (Bd. 33 S. 75). Gewahrsam im strafrechtlichen Sinne fällt nicht zusammen mit zivilrechtlichen Begriffen von Eigentum und juristischem Besitz; ebenso RMG., Urteil v. 17. 2. 1905: Gewahrsam ist ein tatsächliches Verhältnis ohne zivilrechtliche Grundlage, Z. f. Rechtspfl. Bd. 1 S. 259; Thür. Bl. f. Rechtspfl. Bd. 50 S. 220 für die Anwendung auf § 242; speziell RG. Bd. 10 S. 257, Bd. 29 S. 207.

[29]) v. Liszt S. 428 Fußnote 5 meint: Die Begriffsbestimmung des Besitzes in § 854 decke sich mit dem Begriff des strafrechtlichen Gewahrsams. Dagegen muß abweichend vom BGB. §§ 855, 868 dem Besitzdiener der Gewahrsam zugesprochen, dem mittelbaren Besitzer abgesprochen werden und der Erbe erlangt trotz § 857 BGB. den Gewahrsam erst mit der tatsächlichen Gewalt, d. h. aber, wie Micelli S. 31 bemerkt, „der Schwierigkeit ausweichen und nicht ihr auf den Grund gehen". An v. Liszt schließt sich an Strohal, Sächs. Arch. Bd. 8 S. 319. Den Gewahrsamsbegriff führen ferner auch auf § 854 BGB. zurück Bekker, Iherings Jahrb. Bd. 34 S. 66 ff.; H. Ewald S. 18 und die oben Zitierten; Goldschmidt, G. A. Bd. 44 S. 352 ff.; Weber a. a. O. § 3 S. 6 ff., § 5 S. 14 ff., 17 f. Mit Recht führt dieser in bezug auf den mittelbaren Besitzer aus: „Da beim ‚mittelbaren Besitzer' ein wirkliches Herrschaftsverhältnis nicht vorhanden ist, wie es die natürliche Anschauung des Strafrechts erfordert, so hat natürlich dieser einzig und allein das bürgerliche Recht angehende mittelbare Besitz nichts mit dem Gewahrsame des Strafrechts gemein. Es kann also einem ‚mittelbaren Besitzer' eine Sache niemals in diebischer Absicht weggenommen werden, eben weil er einen Gwahrsam an derselben überhaupt nicht hat".

[30]) vgl. Mugdan, Mat. Bd. 1 S. 312.

Gewahrsam" in § 246 RStGB., die notwendig geworden sei, „weil das dritte Buch des Entwurfs die begriffliche Unterscheidung von Besitz und Gewahrsam beseitigt habe, abgelehnt".[31] Danach ist, wie sich nun aus Art. 32 EG. z. BGB. ergibt, an dem bisherigen strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff nichts geändert worden. Nun bliebe ja immerhin die Möglichkeit bestehen, daß eine tatsächliche Übereinstimmung des bürgerlichrechtlichen Besitzbegriffs mit dem Gewahrsamsbegriff des Strafrechts vorhanden sei. Aber auch dies ist nicht der Fall.[32] Nicht jeder zivilrechtliche Besitz ist für das Strafrecht Gewahrsam — „das Strafgesetzbuch kennt nur eine Art anzugreifenden Besitzes", sagt Binding[33] —, nicht jeder strafrechtliche Gewahrsam ist Besitz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Vor allem sind die Fiktionen, die das Bürgerliche Gesetzbuch für seine Zwecke mit gutem Grunde aufstellt, für das nur mit Realitäten rechnende Strafrecht unbrauchbar.[34] Der mittelbare Besitzer des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat bestimmt keinen Gewahrsam, ebensowenig wie trotz § 857 BGB. die Erben an den Erbschaftssachen nicht ohne weiteres mit dem Erbfalle Gewahrsam erlangen. Wenn mein Verwandter im 10. Grade, dessen einziger Erbe ich ohne es zu wissen bin, den ich vielleicht kaum kenne, bei einer Hochtour in den Alpen abstürzt und tot liegen bleibt, erwerbe ich an der goldenen Uhr, die er in der Tasche hat, nach Bürgerlichem Gesetzbuch zwar Besitz, aber Gewahrsam an ihr kann ich darum nicht erlangen, weil mir einerseits die Möglichkeit tatsächlicher Verfügungsgewalt über die Uhr, andererseits auch der Wille, die Verfügungsgewalt zu haben, vollkommen fehlt. Gewahrsam an der Uhr erwirbt erst der, der sich ihrer bemächtigt.[35] Ferner wird nach den §§ 424, 450, 647 HGB. durch die Übergabe eines Lagerscheins, eines Ladescheins oder eines Konnossements Besitz an den Waren übertragen. Hier wird der Empfänger freilich auch den Willen zum Gewahrsam

[31] vgl. Micelli § 12 S. 39.

[32] vgl. zu dem Folgenden Frank zu § 242 N. IV S. 382.

[33] Binding, Lehrb. S. 287.

[34] vgl. besonders Richard Schmidt, DJZ. Bd. 5 S. 147, 149; Weber a. a. O. § 5.

[35] So auch Weber a. a. O. S. 16f.

haben, aber die tatsächliche Verfügungsgewalt wird wohl in sehr vielen Fällen fehlen. Selbst wenn man einwenden wollte, diese tatsächliche Verfügungsgewalt verkörpere sich in dem Besitz des Papieres, wie dann, wenn der Empfänger das Papier verloren hat und das Schiff mit dem Kaufmanne, der ihm einzig ein Duplikat ausstellen könnte, und mit den Waren, über die der Empfänger verfügen will, sich auf hoher See befindet? Weiterhin spricht das Bürgerliche Gesetzbuch in vielen Fällen von einem fehlerhaften Besitze. Das nur mit Realitäten rechnende Strafgesetzbuch kann aber nie einen fehlerhaften Gewahrsam anerkennen.[36] Ob endlich der Besitzdiener, dem das Bürgerliche Gesetzbuch den Besitz abspricht, Gewahrsam hat oder nicht, ist streitig.[37] Am ehesten wir dman sich wohl Binding anschließen dürfen, der dies für eine quaestio facti hält.[38] Will man einen Ober- und Untergewahrsam oder einen engeren und weiteren Gewahrsam unterscheiden, so wird es darauf ankommen, welcher Gewahrsam stärker in die reale Erscheinung tritt.[39] Ist der Obergewahrsam oder der weitere Gewahrsam sichtlich stärker, dann wird man m. E. den Besitzdiener, der sich in diesem Falle wohl meist mit dem „Gehilfen zum Besitz" Bindings decken wird, Gewahrsam nicht zusprechen können. Vielleicht könnte man das Verhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener so definieren: nach außen, d. h. also jedem Dritten gegenüber besteht immer Mitgewahrsam auf beiden Seiten,[40] nach innen hin, also im Verhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener, hat nur ersterer Gewahrsam, außer wenn durch besonderen Vertrauensakt, wie z. B. dem Kassierer eines größeren Geschäftes durch Übergabe der Kassenschlüssel, der Gewahrsam an Sachen des Besitzherrn besonders übertragen worden ist. Jeden-

---

[36]) vgl. Rotering, GS. Bd. 38 S. 293—295.

[37]) Den Gehorsam sprechen ihm zu: v. Liszt S. 428 Anm. 5 und RG. Bd. 34 S. 252, Bd. 37 S 188; abweichend J. Goldschmidt, G. A. Bd. 47 S. 352; Harburger S. 201 und Binding, Lehrb. S. 287.

[38]) Binding, Lehrb. S. 287 Anm.

[39]) So Schütze S. 427; Meyer S. 552.

[40]) Diesen nehmen auch nach innen an Merkel, Lehrb. S. 319; Rotering, G. A. Bd. 47 S. 256.

falls trägt § 855 BGB. zur Lösung der Frage nichts bei, ob hier Gewahrsam im strafrechtlichen Sinne vorliegt.[41])

Im übrigen kennen auch andere Gesetze einen Gewahrsamsbegriff, der von dem Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuchs verschieden ist, so von den Reichsstrafnebengesetzen das Gesetz über den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen v. 9. 7. 1884 in den §§ 1, 7, 8, 9 (wo allerdings Besitz gesagt ist, der aber im Sinne von Gewahrsam zu verstehen ist), das Süßstoffgesetz v. 7. 7. 1902 § 8, das Reichsgesetz v. 3. 7. 1877 betr. den Spielkartenstempel § 12 (vgl. auch RG. Bd. 3 S. 21), ferner das Handelsgesetzbuch in den oben zitierten Paragraphen und die Zivilprozeßordnung in den §§ 808, 809, 886.[42])

Drittes Kapitel.

Die Streitfragen über den Begriff des Wegnehmens. Die Theorien vom versuchten und vollendeten Diebstahl.

Nachdem so der Begriff des Gewahrsams festgelegt ist, bleibt jetzt im folgenden nur noch übrig, den Begriff „Wegnehmen“ zu bestimmen. Dieser ist weiter wie „Ansichnehmen“;[1]) denn wenn ich etwas an mich nehme, habe ich es noch nicht notwendig weggenommen, vielmehr muß zu dem Ansichnehmen noch eine zweite Tätigkeit hinzutreten, durch die, wie man wohl sagen darf, das besitzfeindliche Moment oder noch besser gewahrsamstörende Moment zu dem Ansichnehmen hinzukommt, damit der Begriff des Wegnehmens erfüllt wird. Binding unterscheidet zwischen einer Enteignung und einer dieser nachfolgenden Zueignung des Täters.[2]) Man kann auch im Anschluß an v. Liszt[3]) das Wegnehmen als

[41]) Ders. Ans. Micelli S. 44.

[42]) vgl. Micelli S. 78; Harburger S. 198 Anm. 4.

[1]) vgl. Rubo S. 812 zu § 242 N. 6.

[2]) vgl. Binding, Lehrb. S. 264 ff. § 70.

[3]) vgl. v. Liszt § 127 IV; gl. M. bes. RG. Bd. 21 S. 110; dagegen Merkel in Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 643; Meyer S. 555; wie v. Liszt auch Hälschner, System des preuß. Strafrechts Bd. 2 S. 426; Olshausen-Zweigert Nr. 21 zu § 242; Micelli S. 13.

das Brechen des fremden und das Begründen des eigenen Gewahrsams bezeichnen. Erst durch diese doppelte Tätigkeit, die unter Umständen in einer einzigen Handlung, aber auch im zeitlichen Nacheinander, die Zueignung sogar durch eine sukzessive Handlung,[4]) z. B. das fortgesetzte Tragen eines Ringes, zum Ausdruck kommen kann, führt das Wegnehmen zu einem „Bruch der Besitzordnung“.[5]) Dabei muß die Enteignung des Gewahrsamsinhabers stets als eine dauernde gewollt sein, sonst handelt es sich um eine nur im Falle des § 290 RStGB. strafbare Gebrauchsanmaßung. Hingegen steht die tatsächliche Dauer der Enteignung, wie Binding sagt, „ebensowenig in der Macht des Täters wie die Dauer des Heilprozesses einer Wunde“.[6]) Selbstverständlich muß die Besitzentziehung wider bezw. ohne den Willen des Berechtigten erfolgen.[7]) Heimlichkeit[8]) oder Anwendung von List ist nicht erforderlich. Die Heimlichkeit ist sogar so wenig erforderlich, daß eine — wenigstens versuchte — Wegnahme vor den Augen des Gewahrsamsinhabers oder Gewahrsamhalters möglich ist. Lassen diese den Diebstahl geschehen, z. B. um den Täter zu überführen, „so bleibt doch auch die vor ihren Augen ausgeführte Wegnahme widerrechtlich, weil sie wider ihren Willen erfolgt ist und darum zum mindesten einer ohne ihren Willen ausgeführten gleichsteht“.[9])[10]) Daß es sich hier freilich nur um eine versuchte Wegnahme handelt, wird weiter unten ausgeführt werden.

Von großer Wichtigkeit namentlich für die Unterscheidung von versuchtem und vollendetem Diebstahl ist besonders die Frage,

---

[4]) Kapff S. 85.

[5]) vgl. Binding a. a. O.

[6]) vgl. Binding, Lehrb. S. 264, 291, 292.

[7]) vgl. RG. Bd. 5 S. 220.

[8]) Diese wurde noch in der C.C.C. art. 158 gefordert. Über ihre Bedeutungslosigkeit für das geltende Recht vgl. Olshausen-Zweigert N. 22, 23 zu § 242; Binding, Normen Bd. 1 S. 213, Bd. 2 S. 539 N. 773; Oppenhoff-Delius N. 34 zu § 242; Dickel S. 41.

[9]) So Harburger a. a. O. S. 208.

[10]) vgl. auch Goltdammer, Mat. Bd. 2 S. 463 Anm. z. bayer. StGB. von 1313 Bd. 2 S. 100.

in welchem Zeitpunkte die Wegnahme als vollendet anzusehen ist. Man unterscheidet vier Theorien:

1. Die Kontrektationstheorie.

Diese, die wohl nur im gemeinen Recht vertreten wurde, läßt im Anschluß an die Definition des Paulus (D. 41, 2 § 11 l. 3) die Wegnahme und damit den Diebstahl vollendet sein, wenn der Täter die Sache berührt hat.

2. Die Ablations- oder Amotionstheorie.[11])

Diese verlangt, daß der Täter mit der Sache eine Ortsveränderung vorgenommen, d. h. sie von ihrem bisherigen Orte entfernt habe.

3. Die Illationstheorie,[12])

die wohl nur eine Abart der Ablationstheorie ist. Nach ihr ist der Diebstahl erst vollendet, wenn der Täter das Diebstahlsobjekt in Sicherheit gebracht hat, also z. B. das gestohlene Pferd in seinem Stalle untergebracht hat.

4. Die Apprehensionstheorie.

Zur Begründung der Wegnahme gehört Begründung des eigenen Gewahrsams durch den Täter.

Die letztere Theorie ist heute wohl allgemein anerkannt.[13]) Jedenfalls folgt § 242 RStGB. offensichtlich der Apprehensionstheorie. Schon vorher war sie mehr oder weniger klar im bayer. StGB. von 1813 § 210, von 1861 § 271, im württemb. StGB. von 1839 § 317, im sächs. StGB. von 1855 u. 1868 § 273, im hannov. StGB. § 282 und im thüring. StGB. von 1849 § 215 enthalten.

Ob die Apprehension stattgefunden habe oder nicht, ist im allgemeinen eine Tatfrage.[14]) Als leitender Gesichtspunkt kann höchstens nur aufgestellt werden, das Herrschaftsverhältnis des Täters muß längere Zeit bestehen bleiben können, wenn der Ge-

---

[11]) Anhänger ist noch Rubo N. 13 zu § 242 S. 826 a. a. O.

[12]) Thomsen a. a. O. S. 83.

[13]) So v. Liszt § 127 IV; Meyer-Allfeld S. 456; Binding S. 292; Frank N. VI zu § 242; H. Meyer S. 556, der allerdings den Diebstahl mit der Aufhebung des fremden Gewahrsams schon für vollendet ansieht, also vielleicht nicht ganz hierher gehört; Micelli S. 65 und R. Bd. 7 S. 539.

[14]) vgl. Olshausen-Zweigert N. 25 zu § 242.

wahrsam des Gewahrsamsinhabers gebrochen sein soll. „Keine Herrschaft ist“, wie Rotering es kurz ausdrückt,[15] „die Augenblicksherrschaft“. Näheres darüber ist schon bei der Besprechung des Gewahrsamsbegriffes ausgeführt worden. Gleichgültig dagegen ist, ob der Gewahrsam, den der Täter an der Sache erlangt hat, ein gesicherter ist oder nicht.[16]

Es wird nun weiterhin, um den vollendeten vom versuchten Diebstahl zu unterscheiden, auf die Frage ankommen, in welchem Augenblicke der Bruch des fremden Gewahrsams vollzogen ist. Keinesfalls kann das Brechen des fremden Gewahrsams als vollendet angesehen werden, solange der Gewahrsamsinhaber noch die Möglichkeit hat, auf die angegriffene Sache einzuwirken.[17] Danach erscheint z. B. eine vollendete Wegnahme ausgeschlossen, wenn der Gewahrsamsinhaber den Dieb bei der Handlung des Wegnehmens beobachtet und ihn nur gewähren läßt, um ihn auf frischer Tat zu ertappen.[18] Denn in diesem Falle war die Sache dem Berechtigten eben noch nicht weggenommen, der Dieb hatte noch keinen Gewahrsam erlangt. Ein paar Fälle aus der Praxis mögen das Gesagte erläutern, und zwar mag zunächst die interessante Gegenüberstellung erwähnt werden, die Baltz in G. A. Bd. 39 S. 141 ff. mitteilt: In einen Laden kommt eine Frau mit einem kleinen Kinde und verlangt etwas zu kaufen. Das Gewünschte muß von der allein im Laden anwesenden Verkäuferin erst aus einem Nebenzimmer herbeigeholt werden. Die Frau bleibt mit dem Kinde im Laden allein und benutzt die Gelegenheit, um ein Stück Stoff, das auf dem Ladentische liegt, in ihre Handtasche verschwinden zu lassen. Als die Verkäuferin zurückkehrt, findet sie die Frau mit dem Kinde beschäftigt, das schreiend sich auf der Erde wälzt. Die Verkäuferin will mitleidig

---

[15]) vgl. Rotering, GS. Bd. 38 S. 282.

[16]) vgl. Olshausen-Zweigert N. 24, 25 zu § 242; ähnlich Goldschmidt, G. A. Bd. 47 und Hälschner Bd. 2 S. 304; Merkel in Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 664; Micelli S. 66; G. A. Bd. 27 S. 458; RG. v. 4. 11. 1879: „Es kommt zur Vollendung nichts darauf an, ob die erlangte Herrschaft des Diebes über die fremde Sache eine bereits gesicherte gewesen ist“.

[17]) R. Bd. 1 S. 818; RG. Bd. 2 S. 64.

[18]) vgl. Meyer-Allfeld § 89 S. 456.

der Frau behilflich sein und ihr, die immer noch das Kind beruhigt, die gekaufte Ware in die Handtasche legen. Dabei findet sie das Stück Stoff. Auf Bitten der ihr bekanuten Frau unterläßt sie jedoch vorläufig die Anzeige wegen Diebstahls, beschließt aber, in Zukunft auf die Frau ein wachsames Auge zu haben. Als diese also einige Tage später wiederkommt, erklärt die Verkäuferin, sie müsse das Gewünschte erst wieder holen gehen, tut dies aber nicht, sondern stellt sich, der Kundin unsichtbar, hinter ein Guckloch im Nebenzimmer, durch das man den ganzen Laden überblicken kann. Von ihrem Versteck aus bemerkt sie nun, wie die Frau wiederum etwas von dem Ladentisch nimmt und hastig einsteckt. Sie stürzt in den Laden, nimmt es ihr weg und erstattet jetzt Anzeige wegen Diebstahls in zwei Fällen.

Mit Recht hat das Gericht im ersten Falle, in dem der Gewahrsam der Ladnerin schon gebrochen war, wegen vollendeten, im zweiten Falle, in dem deren Gewahrsam noch bestand, nur wegen versuchten Diebstahls verurteilt.

Ganz ähnlich liegt der Tatbestand in folgendem Falle, auf den näher eingegangen werden soll. In einem ringsumzäunten staatlichen Park sieht ein mit seinem beladenen Handwagen zum Holzabladeplatz fahrender Mann ein paar Hirschgeweihstangen liegen. Er hebt sie auf, wickelt sie in eine auf dem Wagen liegende Decke und will weiterfahren. Der Förster hat ihn aber beobachtet und hält ihn an. Vorausgesetzt ist, daß Eigentum an den Geweihstangen besteht,[19]) und daß der Förster den Gewahrsam

[19]) Nach dem BGB. kommt es zunächst bei der Eigentumsfrage darauf an, daß den Tieren durch eine generelle Maßregel die Freiheit entzogen ist, daß eine Besitzergreifung stattgefunden hat, die auch durch Unterbringung des Wildes in umzäunten Gehegen geschehen kann (so Meißner, Komm. Bd. 3 S. 118 zu § 960; im einzelnen vgl. preuß. ALR. I, 9 §§ 107, 108; sächs. BGB. §§ 229, 289). Wenn § 960 Abs. 1 Satz 2 bestimmt: „Wilde Tiere in Tiergärten sind nicht herrenlos", so ist damit wenig gewonnen; denn es bleibt unklar, was das Gesetz unter einem Tiergarten versteht. In den Motiven werden die Tiergärten schlechthin als eingehegte Grundstücke gekennzeichnet (vgl. zu dem Vorigen noch Dernburg, BGB. Bd. 3 § 112 S. 317; hierzu besonders Planck Bd. 3 S. 223 zu § 960), während in der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs festgestellt wurde, daß die eingehegten Reviere nicht als Tiergärten zu betrachten seien, denn wie es Prot. Bd. 3 S. 254 heißt, „das in solchen gehegte Wild gilt wenigstens zum großen

daran hat.[20]) Auch hier handelt es sich um einen versuchten Dieb-

Teil in Deutschland als herrenlos". Was aber unter Jagdrevieren zu verstehen ist, hat neuerdings Stelling in DJZ. Bd. 12 S. 182 auseinandergesetzt. Nach ihm können unter Jagdrevieren nur die „selbständigen Jagdbezirke der preußischen Jagdgesetzgebung verstanden werden, weil es andere Reviere gesetzlich nicht gibt". In solchen Revieren bleibt also das Wild trotz der Einzäunung herrenlos. Maßgebend bleibt auch nach Stelling jedenfalls der Umstand, daß der Eigentümer des Wildparkes in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über den Wildbestand auszuüben (so auch Kober, Sachenrecht aus Staudingers Komm. Anm. zu § 960). Im wesentlichen kommen auch hier die konkreten Umstände in Frage. Dieser Ansicht schließen sich die meisten an (vgl. z. B. Biermann, Komm. Bd. 3 S. 96; JurW. 1895 S. 93 Nr. 19; Micelli S. 54 Anm.; Olshausen-Zweigert zu § 242 N. 5d). Wenn Frank in N. III, 2b S. 380 zu § 242 a. a. O. die Forderung aufstellt, „daß der Raum so klein sein müsse, daß der Besitzer den Herrschaftswillen ohne längeres Suchen nach dem Tiere betätigen kann", so übersieht er m. E. dabei den Umstand, daß es nicht lediglich auf die Größe des Raumes, sondern zugleich auf die Zahl der Aufsichts- und Schutzbeamten ankommt, die dem Besitzer den Herrschaftswillen durchführen helfen. Ich kann sicher schwerer in einem Revier von 20 ha allein meinen Herrschaftswillen durchführen als in einem Revier von 200 ha mit Hilfe von 20 Beamten. Daß auch nach BGB. der Eigentümer des Wildes ohne besonderen Besitzergreifungsakt Eigentümer der Geweihstangen wird, folgt ohne weiteres aus § 953. Übrigens ist neuerdings vom RG. Bd. 42 S. 75 ausdrücklich anerkannt worden, daß selbst in großen, ringsumzäunten Tiergärten das Wild im Gewahrsam des Besitzers des Tiergartens stehe (vgl. auch noch Bl. f. RA. Bd. 59 S. 268; auch RG. Bd. 26 S. 218 u. Rotering, G. A. Bd. 30 S. 359).

[20]) Nicht notwendig braucht der Inhaber des Gewahrsams identisch mit dem Eigentümer zu sein. Eigentümer einer Sache kann sowohl eine physische wie eine juristische Person sein. Gewahrsamsinhaber, da hierzu Gewahrsamswille gehört und er ein rein reales Verhältnis der Person zur Sache ist, ist nur der Mensch, (vgl. Binding, Lehrb. S. 286; Meyer-Allfeld S. 454; H. Meyer S. 552; Olshausen-Zweigert N. 18 zu § 242; Micelli S. 48 und Eckardt S. 38). Körperschaften üben den Gewahrsam durch ihre Vertreter aus (vgl. v. Liszt S. 429 Anm. 6; Micelli S. 48; indirekt ist dies auch daraus zu schließen, daß sonst ein Diebstahl an Sachen des Staates unmöglich wäre. Daß dies natürlich nicht der Fall ist, vgl. v. Liszt § 127 S. 427). Ein Gewahrsam überhaupt an den Hirschgeweihstangen ist aber in unserem Falle begründet, da in einem staatlichen, ringsumzäunten Parke der generelle Besitzwille des Staates vorauszusetzen ist, alle in dem umzäunten Parke befindlichen Gegenstände zu beherrschen, und weil der Staat mit Hilfe einer genügenden Anzahl von Beamten auch der faktischen Verfügungsgewalt über die Dinge nicht ermangelt, die sich in dem infolge seiner zureichenden Einzäunung dem Wilde durch eine generelle Maßregel das Entweichen entziehenden, also seiner Eigentumsgewalt unterliegenden Bezirke befinden

stahl. Unzweifelhaft liegt in dem Aufheben der Geweihstangen bereits ein „Anfang der Ausführung des Wegnehmens", es ist mit dem Brechen des fremden Gewahrsams bereits begonnen worden. Nach der herrschenden Meinung, die sich auf die Apprehensionstheorie gründet, liegt dieser Anfang sogar bereits in dem Ausstrecken des Armes nach dem zu stehlenden Objekte.[21]) Dies muß wohl als richtig gelten; denn auf dieser einmal begonnenen Körperbewegung baut sich in ihrer konsequenten unbehinderten Fortführung der Akt des Wegnehmens auf. Das Haltmachen mit dem Wagen seitens des Täters, das Hingehen bis zu den Stangen sind alles Vorbereitungshandlungen; denn aus ihnen ist weder ein spezialisierter, d. h. eindeutig auf eine bestimmte Handlung gerichteter verbrecherischer Wille zu entnehmen, noch kommt in ihnen eine Körperbewegung zum Ausdruck, die in ihrem Verlaufe klar auf ein doch erforderliches „Nehmen" hinzielte, wie das Ausstrecken des Armes. Vollendet war damit aber die Besitzergreifung des Täters, also der Diebstahl noch keinesfalls, denn noch war, um mit Binding zu reden, „zwischen die Sache und den Herrscherwillen des bisherigen Besitzers die jenen Willen verneinende und seine Betätigung ausschließende tatsächliche Herrschaft des Diebes" nicht getreten.[22]) Die Ausführungshandlung erscheint, als der Förster an den Täter herantritt, noch nicht abgeschlossen, es handelt sich also um einen noch nicht vollendeten Versuch.[23]) Wie liegt nun aber der Fall, wenn der Förster an den Täter erst herankommt, als dieser bereits auf

---

und von denen er Dritte auszuschließen die Macht hat. Das wahrscheinliche Nichtwissen des Gewahrsamsinhabers davon, daß der Hirsch die Stangen abgeworfen hat, ist, wie oben gezeigt, irrelevant. Ferner bleibt es gleichgültig und hindert nicht das Bestehen des Gewahrsams, daß Wege durch den Park führen und fremden Personen der Zutritt zu dem Park gestattet ist, da ja der Staat mit Hilfe seiner Beamten immer in der Lage ist, eine Art Aufsicht über die fremden Personen auszuüben, solange sie sich innerhalb des Parkes befinden. Vielleicht darf hier übrigens auch noch an den Satz des corpus iuris erinnert werden (D. 42, 2 § 11 l. 3): Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.

[21]) vgl. v. Liszt § 127 IV; Frank N. VIII zu § 242 und N. Bd. 2 S. 179.

[22]) vgl. Binding, Grundriß Bd. 2 S. 155; derselbe, Lehrb. Bd. 1 S. 292.

[23]) vgl. Frank N. V zu § 43 S. 73.

dem Holzabladeplatze angekommen ist, ihm sagt, daß er beobachtet worden sei, und auf das Leugnen des Täters hin aus dem Wagen die verborgenen Hirschgeweihstangen hervorholt? Hier kommt es m. E. darauf an, ob der Förster den Täter selbst beim Aufheben der Stangen beobachtet hat oder ein Dritter, etwa ein zufällig des Weges kommender Spaziergänger. Im ersteren Falle war dem Förster der Gewahrsam an den Stangen noch nicht verloren gegangen, er wollte die tatsächliche Herrschaft über sie nicht aufgeben, der Täter hatte also nicht nur nicht eine gesicherte, sondern noch gar keine selbständige tatsächliche Herrschaft über die Geweihstangen erlangt. Er hat nur einen Anfang mit der Ausführung des Wegnehmens gemacht[24]) und hat diese Ausführungshandlung auch abgeschlossen, aber ohne Erfolg. Seine Handlung ist also ein „beendigter Versuch“[25]) des Diebstahls.

Anders, wenn nicht der Förster selbst den Täter beobachtet hat, sondern z. B. erst ein Spaziergänger dem Förster von dem Vorfalle Mitteilung gemacht hat. In diesem Falle war der Gewahrsam des Staates eine Zeitlang gebrochen gewesen und damit der Tatbestand des § 242 RStGB. vollständig erfüllt. Gleichgültig ist dabei, daß die gestohlene Sache sich noch in den Räumen des Bestohlenen befand. Mit Recht nimmt die herrschende Meinung und die Praxis sogar vollendeten Diebstahl an, wenn der Dieb die Sache schon vollkommen an sich gebracht hatte, aber bei ihrer Wegschaffung überrascht und sogar genötigt wird, sie wieder zurückzulassen.[26]) In diesem Falle hat eben der Dieb bereits seinerseits Gewahrsam an dem gestohlenen Gute erlangt, wenn dieser auch noch nicht gesichert war. Alles Weitere kommt nicht in Betracht. Aus den gleichen Gründen ist ein Diebstahl

---

[24]) vgl. Thomsen S. 379: „Der Versuch beginnt mit dem Anfange des Wegnehmens“.

[25]) vgl. Frank R. V zu § 43 S. 73. Die Möglichkeit eines beendigten Versuchs leugnen beim Diebstahl Hälschner, System des preuß. Strafrechts Bd. 2 S. 428, ebenso im Anschluß an ihn Dickel S. 45 R. 3. Hälschner erklärt mit beendigter Tätigkeit des Diebes den Diebstahl für vollendet. Dagegen mit Recht L. Cohn, Versuch Bd. 1 S. 456 § 16, Das Objekt beim Diebstahl.

[26]) vgl. R. Bd. 2 S. 660; OTr. Bd. 15 S. 225, 692, 717; Dresden, Schw. GZ. Bd. 20 S. 18. Anders R. Bd. 7 S. 539; G. A. Bd. 37 S. 180. Auch Frank R. VI zu § 242 S. 385.

auch vollendet, wenn etwa ein Dienstmädchen ihrer Herrschaft gehörige Gegenstände in der Absicht der Zueignung in ihre Kammer schafft und dort versteckt. Dagegen ist m. E. entgegen der herrschenden Meinung immer nur versuchter Diebstahl anzunehmen, wenn der Täter die Sache in den Räumen des Besitzers nur versteckt und sich dann entfernt, um sie später abzuholen.[27]) Die herrschende Ansicht unterscheidet hier, ob die Sache so versteckt war, daß sie nicht mehr leicht gefunden werden konnte, oder ob die Sache nur oberflächlich verräumt und für den Besitzer leicht wiederzufinden war. Im ersteren Falle nimmt sie Vollendung, im zweiten nur Versuch des Diebstahls an. M. E. hat aber auch im ersten Falle der Täter noch keinen, sei es selbst ungesicherten Gewahrsam an der Sache erlangt, weil diese noch dem Herrschaftswillen und auch im letzten Grunde der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Eigentümers unterworfen ist.[28]) Wenn z. B. ein Dieb Getreide in einer Scheune in Säcke füllt und diese versteckt, um sie nachts abzuholen, beim Wiederkommen aber die Scheune verschlossen findet und nun erst durch das Bohren eines Loches in die Scheunenwand die Säcke herausholen kann, so hat er erst jetzt einen vollendeten (schweren) Diebstahl begangen. Durch das Verschließen der Scheune durch den Eigentümer wird es ja besonders klar, daß dieser den Gewahrsam an den Getreidesäcken noch nicht verloren hatte, wennschon ihm durch das Verstecken „die Möglichkeit entzogen war, so auf die Sache einzuwirken, wie es die Gewohnheit des Lebens mit sich bringt".[29]) Denn der Eigentümer hat unzweifelhaft den Willen, all sein Eigentum zu beherrschen, das sich in dem von ihm hinter Schloß und Riegel gehaltenen Raume befindet, und er hat auch die faktische Verfügungsgewalt darüber, die dem Diebe auch über die versteckten Säcke noch fehlt. Alles dies ist ja im vorhergehenden Kapitel schon besprochen worden. Keinesfalls begeht also der

---

[27]) Gl. Ans. Hälschner, System des preuß. Rechts Bd. 2 S. 433, Deutsches Strafrecht Bd. 2 S. 286.

[28]) So auch OTr. Bd. 61, 62, 63, 73 (Oppenhoff Bd. 1 S. 468, Bd. 3 S. 171, Bd. 6 S. 67, Bd. 14 S. 681); Dresdner StRZ. Bd. 1 S. 88, Bd. 2 S. 281. So auch Weber a. a. O. S. 43.

[29]) vgl. Frank N. IV zu § 242.

Dieb etwa beim Abholen der Säcke einen zweiten Diebstahl.[30]) Ideale Konkurrenz zwischen vollendetem und versuchtem Diebstahl läge vor, wenn der Täter überrascht wird, bevor er alles weggeholt hat.

Es erscheint vielleicht auf den ersten Blick verwunderlich, daß eine Tat verschieden bestraft werden soll, je nachdem der Täter ohne sein Vorwissen bei der Wegnahme einer fremden Sache von dem berechtigten Gewahrsamsinhaber beobachtet worden ist oder nicht, d. h. daß dem Täter in dem einen Falle ein Umstand erschwerend zugerechnet werden soll, der völlig außer ihm selbst liegt. Indes dieser Einwand wird sofort hinfällig, wenn man daran denkt, daß das Strafrecht eben nicht subjektive Gesichtspunkte berücksichtigt, sondern alle seine Tatbestände objektiviert. So kommt auch hier vor allem die größere oder geringere Gefährlichkeit des strafbaren Angriffs in Betracht, und darnach ergibt sich sehr wohl in beiden Fällen eine verschiedene Beurteilung. Denn viel weniger gefährlich ist der Angriff, wenn ich noch in der Lage bin, den angegriffenen Gegenstand selbst zu schützen, als wenn nur infolge eines zufälligen Umstandes ein Dritter mir die Möglichkeit dazu gibt (der Spaziergänger brauchte in dem oben besprochenen Falle mit den Geweihstangen dem Förster z. B. erst zu spät oder gar nicht Mitteilung von seiner Beobachtung zu machen). Selbst wenn man diese Theorie aber nicht anerkennen wollte, müßte man doch zugeben, daß man andererseits dem Täter es auch nicht nachteilig zurechnen darf, daß der Gewahrsamsinhaber ihn gewähren läßt, um ihn dann in flagranti zu ertappen, während er doch, soweit er den Vorgang bemerkte, auch alsbald die Macht gehabt hätte, den Diebstahl zu verhindern. Wäre dies aber geschehen, so würde wohl niemand etwas anderes als versuchten Diebstahl angenommen haben.

---

[30]) vgl. RG. Bd. 12 S. 353.

Viertes Kapitel.

Theorien über den Versuch des Diebstahls am untauglichen Objekt.

Es bleibt nun noch die Frage des Versuchs am untauglichen Objekte beim Diebstahl zu untersuchen. Sie wird vornehmlich dann aufzuwerfen sein, wenn der Täter entweder seine eigene oder eine herrenlose Sache stiehlt. Die Norm: du sollst fremdes Eigentum nicht verletzen erfordert als begriffliche Voraussetzung zu ihrer Übertretung das Bestehen eines fremden Eigentumsrechtes. Herrenlose oder dem Täter selbst gehörige Sachen sind demnach absolut untaugliche Objekte zur Verletzung dieser Norm. Der Täter kann wohl irrtümlich „seine Handlung unter eine vorhandene Norm subsumieren, allein ihr fehlt eines der Deliktsmerkmale, während er es als vorhanden annimmt".[1]) Es ist unmöglich, daß er den vorgestellten Erfolg — den Eingriff in ein fremdes Eigentumsrecht — erreicht, da des untauglichen Objektes wegen der Tatbestand des beabsichtigten Vergehens unerfüllbar ist. Muß der Angeklagte nun wegen Versuchs des Vergehens nach § 43 RStGB. bestraft werden? Das Reichsstrafgesetzbuch selbst gibt im Anschluß an das preußische Gesetz keine positiven Bestimmungen für Bestrafung oder Nichtbestrafung des Versuches am untauglichen Objekt. Die Regelung der Streitfrage ist sogar nach den Motiven absichtlich unterblieben, „weil man weder in der Gesetzgebung noch in der Wissenschaft darüber bereits zu einem Abschluß gelangt sei".[2]) Auch heute noch ist die Streitfrage nicht aus der Welt geschafft. Die nach dem Vorgehen v. Buris[3]) vom Reichsgericht vertretene subjektive Theorie[4]) verlangt nur, daß in der Handlung des Täters der verbrecherische Wille sich offenbare, und läßt die objektive Gefährdung gänzlich außer acht. Demzufolge verlangt sie auch Bestrafung des Verbrechens am untaug-

---

[1]) vgl. Binding, Handb. S. 692 III, 2.

[2]) vgl. Olshausen-Zweigert zu § 43 N. 19.

[3]) Z. f. ges. StrW. Bd. 1 S. 185 ff.

[4]) RG. Bd. 1 S. 439, 451, Bd. 8 S. 198, Bd. 17 S. 158. Zuletzt wieder noch Urteil v. 3. 12. 1908 (RG. Bd. 43 S. 92).

lichen Objekt. Wegen seines unmoralischen Willens aber allein oder um seiner „rechtsfeindlichen Gesinnung“ willen, wie Binding[5]) es ausdrückt, kann man niemanden bestrafen.[6]) Demgegenüber fordert die objektive Theorie, deren Hauptverfechter Berner,[7]) Geyer,[8]) Meyer-Allfeld,[9]) Olshausen,[10]) Oppenhoff,[11]) Horn,[12]) Merkel[13]) und Baumgarten[14]) sind, zur Strafbarkeit des Versuches, daß dieser ein Rechtsgut objektiv gefährdet, verneinen demzufolge also auch die Strafbarkeit des Versuches am absolut untauglichen Objekte, da eine verbrecherische Handlung, die gegen ein untaugliches Objekt gerichtet ist, niemals, „mag sie auch zur Betätigung des verbrecherischen Entschlusses vorgenommen sein“, zur „Ausführung des beabsichtigten Verbrechens“ führen kann, folglich also auch „einen Anfang der Ausführung“ dieses Vergehens nicht enthalten könne.[15]) Wenn v. Liszt[16]) diese Argumentation damit zurückzuweisen sucht, „es sei verfehlt, die Fassung des § 43 verwerten zu wollen“, denn „auf den Gegensatz von gelungenem und fehlgeschlagenem Verbrechen beziehe sich § 43 RStGB. überhaupt nicht“, so geht er m. E. seinerseits von einer falschen Voraussetzung aus. Von einem fehlgeschlagenem Verbrechen kann man doch nur sprechen, wenn die Tatbestandsmerk-

---

[5]) Handb. Bd. 1 S. 695.

[6]) vgl. hierzu auch Geyer, Erört. S. 38/39, zit. bei Binding a. a. O.: Gesinnungen sind nicht kriminell; ähnlich äußert sich auch Oetker, Z. f. ges. StrW. Bd. 17 S. 67: Unverbotenes Tun wird nicht strafbar durch verbrecherischen Zweck.

[7]) a. a. O. S. 144.

[8]) Geyer, Z. f. ges. StrW. Bd. 1 S. 30 ff.

[9]) Meyer-Allfeld S. 115 f.

[10]) Olshausen-Zweigert zu § 43 N. 19, 20.

[11]) Oppenhoff-Delius zu § 43 N. 9 ff.

[12]) Horn, Z. f. ges. StrW. Bd. 20 S. 309 ff.

[13]) Merkel S. 130 ff.

[14]) Baumgarten, Versuch S. 421 ff.

[15]) Im Resultat entsprechend Finger Bd. 1 S. 304; Geyer a. a. O. Bd. 1 S. 132; Schütze S. 136; Baumgarten a. a. O. S. 358; Olshausen-Zweigert zu § 43 N. 20; Berner a. a. O. S. 144; Binding, Handb. Bd. 1 S. 692 f.; Oppenhoff zu § 43 N. 8 u. 10; Klee, Wille und Erfolg S. 25; GS. Bd. 20 S. 486, Bd. 41 S. 284, Bd. 43 S. 216; G. A. Bd. 35 S. 118, Bd. 36 S. 35, Bd. 37 S. 130 ff., Bd. 36 S. 452.

[16]) v. Liszt § 47 S. 210 Anm. 3.

male zwar erfüllt sind, der Erfolg aber infolge irgendwelcher Umstände ausgeblieben ist. Sind aber wegen des absolut untauglichen Objektes ein oder mehrere Tatbestandsmerkmale gar nicht gegeben, dann ist das Verbrechen als solches eben gar nicht vorhanden, kann also ebensowenig gelingen wie fehlschlagen.[17] Die befriedigendste Lösung der Streitfrage ist m. E. von Frank und Binding gegeben worden. Nach ihnen besteht für den Versuch die gleiche Norm wie für das vollendete Delikt. Auch beim Versuch muß, wie Frank es ausdrückt, „der gesamte Tatbestand des Deliktes vorliegen".[18] Strafbar ist, daß bereits der Anfang mit dem Zuwiderhandeln gegen die Norm des in Frage kommenden Deliktes gemacht ist. Man darf also nie vergessen, daß der Versuch das mehr oder minder unentwickelte, vom Erfolg mehr oder weniger entfernte Delikt selbst ist. Dieser Erfolg aber ist objektiv durch das Gesetz festgelegt und kann sich niemals nach subjektiven Gesichtspunkten bestimmen. Über dem subjektiven Ermessen steht im modernen Rechts- und Kulturstaate die allgemeingültige Norm. Leugnet man dies, so müßte man, wie Binding nachweist, ebenso wie das beachtete subjektive für verboten halten auch das subjektive für erlaubt halten, anerkennen.[19] Juristisch argumentiert Binding folgendermaßen: „Wer das Delikt nicht begeht, das die Norm untersagt, es aber zu begehen glaubt, ist gar nicht in Übertretung der Norm begriffen, die er zu übertreten vermeint".[20]

---

17) Mit der von v. Liszt selbst (Lehrb. § 47 S. 210) aufgestellten Theorie der „nachträglichen Prognose", die nicht Beurteilung ex post, sondern ex ante fordert und die im Augenblicke der Ausführungshandlung vorliegenden „allgemein erkennbaren oder auch nur dem Täter bekannten Umstände" berücksichtigt wissen will, ist m. E. wenig gewonnen. Denn zumeist werden die „nur dem Täter bekannten", nicht zugleich allgemein bekannten Umstände wohl auch nur diesem bekannt und dem Urteilenden fremd bleiben, so daß für die nie außer acht zu lassende Praxis die v. Lisztsche Theorie bedeutungslos wird. An v. Liszt schließen sich an v. Lilienthal, Grundriß S. 43; Zucker, G. A. Bd. 36 S. 374, Bd. 37 S. 274.

18) So Frank S. 69 zu § 43 N. I, 2; abweichend v. Liszt § 46 und in selbständigen Schriften Delaquis, Der untaugliche Versuch (1904) S. 132 (eine sehr breite Arbeit) und Kriegsmann, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch (1904) S. 33 ff.

19) Binding, Handb. Bd. 1 § 145 S. 695.

20) Binding a. a. O. S. 694.

Demnach ist der Versuch am untauglichen Objekt straflos. Zu beachten wäre freilich noch, ob in der Tat nicht schon an sich etwa ein anderes Delikt enthalten ist, für das Bestrafung eintreten könnte.[21])

Fünftes Kapitel.

Theorien über den Versuch des Diebstahls im Falle des Putativdelikts.

Vielfach begegnet man in der Literatur auch noch einer anderen Auffassung, nämlich der Einreihung des Versuches am absolut untauglichen Objekt unter die delicta putativa, die Wahnverbrechen.[1]) v. Liszt[2]) nimmt vermittelnd ein Putativdelikt überall da an, „wo der Täter seine Handlung irrigerweise unter eine nicht existierende Norm oder irrig nicht unter die Ausnahme einer wirklich existierenden Norm subsumiert".[3]) Indes empfiehlt es sich wohl doch, wie Binding es verlangt,[4]) das Putativdelikt scharf vom Versuche am untauglichen Objekte zu trennen. Der Unterschied ist dieser: Beim Versuch am untauglichen Objekte besteht die Norm, gegen die der Täter zu fehlen glaubt, sehr wohl, nur wird durch die Handlung des Täters der Tatbestand dieser Norm nicht erfüllt,[5]) während beim Putativdelikt der Täter gegen eine nur in seiner Einbildung bestehende Norm handelt.[6]) Wer z. B. eine Sache

---

[21]) Zu der Frage der Bestrafung des Versuchs am untauglichen Objekt überhaupt vgl. auch die im Kap. 2 des allgem. Teils dieser Arbeit zitierten Verhandl. der schweiz. Expertenkommission für den Entwurf eines eidgenössischen StGB., insbesondere die von Gretener a. a. O. gemachten Ausführungen.

[1]) So Heffter § 36; Geyer, Erörterungen S. 38; Berner a. a. O. S. 92; auch Frank zu § 43 N. II; Olshausen-Zweigert zu § 43 N. 20, 23; Wachenfeld a. a. O. S. 269 u. a.

[2]) Lehrb. § 41 S. 180.

[3]) Die Formulierung ist von Binding, Handb. S. 692 Anm. 5; v. Liszt unterscheidet die Fälle in diesem Sinne an der Hand von Beispielen.

[4]) Handb. S. 692 III.

[5]) Der gleichen Ansicht ist Frank; vgl. Anm. 1 und S. 69 § 43 N. I, 2 a. a. O.

[6]) So mit Binding, Handb. S. 692; ebenso Hälschner, Preuß. Strafrecht Bd. 1 S. 184; derselbe, Deutsches Strafrecht Bd. 1 S. 332; Schütze S. 99

für herrenlos hält, trotzdem aber überzeugt ist, sie sich nicht aneignen zu dürfen, weil etwa eine Norm existiere: du sollst dir herrenlose Sachen nicht aneignen, beginge mit ihrer Wegnahme eine Putativdelikt. Will man mit zwei Schlagworten Versuch am untauglichen Objekt und Putativdelikt einander gegenüberstellen, so kann man vielleicht sagen: ersteres bedingt einen Irrtum im geltenden, letzteres einen Irrtum über das geltende Recht. Selbstverständlich kann der subjektive Irrtum beim Putativdelikt die objektiv nicht vorhandene Strafbarkeit auch nicht begründen. Seine Straflosigkeit wird auch allgemein anerkannt.[7])

Sechstes Kapitel.

Streitfragen über versuchten und vorbereiteten Diebstahl.

Es bliebe nur noch übrig, ein paar Worte über die Abgrenzung des versuchten Diebstahls von den bloßen Vorbereitungshandlungen zum Diebstahl zu sagen. Im allgemeinen Teile dieser Arbeit sind alle die Handlungen, die von vornherein als Vorbereitungshandlungen zu bezeichnen sind, bereits aufgezählt worden. Das dort Gesagte gilt auch hier. Nur in bezug auf das Auskundschaften der Gelegenheit sind noch ein paar Worte hinzuzufügen. Geschieht das Auskundschaften, z. B. der Eintritt in ein fremdes Haus schon mit dem festen Entschlusse, zu stehlen, so

---

Anm. 3; v. Wächter, Deutsches Strafrecht S. 219, 220; Finger Bd. 1 S. 441; Thomsen S. 140 § 18.

[7]) So z. B. Frank S. 136 N. III zu § 59 a. a. O.; Finger Bd. 1 S. 441; Meyer-Allfeld § 4 S. 372; Berner § 50; Thomsen § 18 S. 140; Binding, Handb. Bd. 1 S. 692f. Ganz neuerdings hat das RG. zu der Frage Stellung genommen, (Bd. 42 S. 94) und den Unterschied zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt dahin definiert: „Besteht die Norm, gegen die der Täter verstoßen will, überhaupt nicht oder bezieht er sie nur infolge irrtümlicher Erweiterung ihres Geltungsgebietes auf die von ihm gewollte Handlung, so hält sich auch sein Wille innerhalb der Schranken des positiven Rechts und ist auf einen unverbotenen Erfolg gerichtet, während bei vermeintlicher Erfüllung des Tatbestandes der Wille über diese Schranke hinweg in das Gebiet des positiven Strafrechts übertritt und auf ein wirkliches, nicht bloß vermeintliches Delikt hinzielt. Der Unterschied wird sonach bedingt durch die Beschaffenheit des Irrtums“.

handelt es sich unzweifelhaft um einen Versuch. Geht jedoch aus den Umständen hervor, daß der Täter nur die Örtlichkeit auskundschaften wollte, um gelegentlich hierher zu kommen und zu stehlen, so ist noch kein Anfang der Ausführung gemacht und es handelt sich nur um eine straflose Vorbereitungshandlung.[1]) Natürlich wird, ob das eine oder das andere anzunehmen ist, immer eine Tatfrage sein. Auch das Suchen nach einem zu stehlenden Gegenstande in einem fremden Raume ist noch nicht Versuch, da hier ebenfalls noch kein tatsächlicher, sondern nur ein gedanklicher Beginn mit dem Wegnehmen, dem Bruche fremden Gewahrsams gemacht ist.

Hiermit sind die wichtigsten Streitfragen, die sich hinsichtlich der Abgrenzung des vollendeten Diebstahls vom versuchten und nur vorbereiteten ergeben haben, sämtlich besprochen. Was zusammenfassend hervorzuheben war, ist bereits am Ende der einzelnen Kapitel hervorgehoben worden, so daß eine nochmalige Zusammenstellung sich erübrigt.

[1]) So auch Schw. GZ. Bd. 22 S. 49; ferner R. Bd. 5 S. 107. Die Angeklagten hatten, ohne sich im Falle des § 243 N. 7 zu befinden, ein fremdes Haus mit mehreren Wohnungen betreten, um in eine dieser Wohnungen später einzubrechen, wurden jedoch, bevor ihnen noch irgendein Beginn des Einbrechens nachzuweisen war, verhaftet; vgl. auch R. Bd. 6 S. 641.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich bin am 3. Januar 1885 als Sohn des in Breslau ansässigen Kaufmanns Emanuel Louis Cohn daselbst geboren und bin Preuße, jüdischer Religion. Meine Vorbildung empfing ich auf dem König Wilhelms-Gymnasium in Breslau, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Meinen Studien lag ich an den Universitäten Freiburg i. B., München und Breslau ob. In Freiburg und München habe ich besonders die Vorlesungen der Herren Professoren Geheimrat Richard Schmidt, Rümelin, Rosin, v. Amira, Grueber und Birkmeyer, in Breslau die Vorlesungen der Herren Professoren Geheimrat Dahn, Leonhard, Heilborn, Meyer, Fischer und Gretener gehört. Den Herren Professoren Geheimrat Fischer und ganz besonders Herrn Geheimrat Gretener bin ich zu ganz besonderem Danke verpflichtet für die freundliche und überaus reiche Förderung, die sie meinen Studien und der vorliegenden Arbeit haben angedeihen lassen. Am 4. Juli 1908 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen und wurde in der Folgezeit dem Königlichen Amtsgericht Gottesberg i. Schl. überwiesen. Gegenwärtig bin ich bei dem Königlichen Landgerichte in Breslau beschäftigt.